



Roj: **STS 3372/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3372**

Id Cendoj: **28079130032023100124**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **18/07/2023**

Nº de Recurso: **1126/2015**

Nº de Resolución: **1033/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.033/2023

Fecha de sentencia: 18/07/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: **1126/2015**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 04/07/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

RECURSO CASACION núm.: **1126/2015**

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1033/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde



En Madrid, a 18 de julio de 2023.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **1126/2015**, interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Consuelo Rodríguez Chacón en nombre y representación de la LIGA NACIONAL DE FÚTBOL PROFESIONAL, bajo la dirección letrada de Doña María del Mar Martín Delgado y don Yago Vázquez Moraga contra sentencia de fecha 28 de enero de 2015 dictada en el recurso contencioso-administrativo 51/2013 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto por la LFP contra la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 29 de noviembre de 2012, que resuelve el conflicto planteado entre diferentes emisoras de radio y la LFP en relación con la determinación de la cuantía de la compensación económica reconocida en el art. 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.

Han intervenido como partes recurridas, la procuradora Doña María Luisa Montero Correal, en nombre y representación de UNIDAD EDITORIAL INFORMACIÓN DEPORTIVA S.L.U., con la asistencia del letrado don José Manuel Villar Uribarri. El procurador de los tribunales don Javier Zabala Falcó, en nombre y representación de RADIO POPULAR S.A., COPE, bajo la dirección letrada de don José Manuel Villar Uribarri. El procurador de los Tribunales Don Argimiro Vázquez Guillen en nombre de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L., (cadena SER), con la asistencia de la letrada doña María Soledad Sahagún San Martín. El procurador de los tribunales Don Roberto de Hoyos Mencía en nombre y representación de la CORPORACIÓN RADIOTELEVISIÓN ESPAÑOLA (CRTVE), bajo la dirección letrada de don José Miguel Zubizarreta Yáñez, la procuradora de los tribunales Doña Gloria Teresa Robledo Machuca en nombre y representación de UNIPREX, S.A., bajo la dirección letrada de Don Juan Manuel Báscones Huertas. La procuradora de los tribunales doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón en nombre y representación de FEDERACIÓN DE ORGANISMO O ENTIDADES DE RADIO Y TELEVISIÓN AUTONÓMICOS (FORTA), con la asistencia de la letrada doña Carmen Marin Arias. El procurador de los tribunales don Fernando Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla en nombre y representación de AGRUPACIÓN DEPORTIVA ALCORCÓN, y el ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El representante legal de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (en adelante LFP) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2015 por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto por la LFP contra la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 29 de noviembre de 2012, que resuelve el conflicto planteado entre diferentes emisoras de radio y la LFP en relación con la determinación de la cuantía de la compensación económica reconocida en el art. 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. La resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 29 de noviembre de 2012, resolvió el conflicto planteado entre las diferentes emisoras de radio y la Liga Nacional de Fútbol Profesional (en adelante LFP) en relación con la determinación de la cuantía de la compensación económica reconocida en el art. 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 fijó en 85 euros por estadio/partido la compensación económica prevista en el art. 19.4 del RDL 15/2012 equivalente al coste generado por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónico por el ejercicio del derecho de acceso a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos.

La LFP recurrió ante la jurisdicción contencioso-administrativa pretendiendo la nulidad del acto recurrido por entender que la norma que habilita la competencia de la CMT para dictar la resolución recurrida (art. 19.4 de la LGCA) resultaba contraria al Derecho de la Unión Europea por lo que debería inaplicarse dicha norma o plantearse una cuestión prejudicial ante el TJUE o alternativamente la nulidad del acto por inconstitucionalidad de la norma legal, solicitando el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Subsidiariamente solicitó que se fijase el importe de la compensación económico en la cantidad de 142 € por operador radiofónico, estadio y partido durante toda la temporada futbolística.

La sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2015 estimó parcialmente el recurso interpuesto por la LFP contra la Comisión del Mercado de

las Telecomunicaciones, de fecha 29 de noviembre de 2012, fijando la compensación económica referida en el art. 19.4 en la cantidad de 100 €.

TERCERO. El recurso de casación se funda en los siguientes motivos de impugnación:

1º El primer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.c) de la LJ, plantea la infracción de los artículos 67.1 de la LJ y de los artículos 209.3 y 218.2 de la LEC en relación con los artículos 24 y 120.3 de la CE, por la falta de motivación de la sentencia recurrida respecto de la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad formulada en la instancia respecto del art. 19.4 de la LGCA que dio cobertura al acto administrativo recurrido. El Tribunal de instancia se limitó a rechazar sin fundamento el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, pero sin justificar ni motivar porqué llegó el Tribunal a dicha convicción jurídica.

Solicita que la Sala resuelva sobre cuestión de inconstitucionalidad deducida en la instancia en los términos en los que se planteó por las partes en la instancia.

2º El segundo motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, considera que la sentencia vulnera el derecho de la Unión Europea, particularmente los artículos 6 del Tratado de la Unión y los artículos 18 (no discriminación), art. 26 (mercado interior), art. 56 (derecho a la libre prestación de servicios) y art. 106 (restricción de la competencia por concesión por parte del Estado de derechos especiales a empresas) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como los artículos 16, 17 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, el art. 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y art. 1 del Protocolo nº 1 y el art. 1 del Protocolo 12 del CEDH en relación con la jurisprudencia del TJUE.

La sentencia de instancia razona que el derecho comunitario solo protegería los derechos de retransmisión televisiva o aquellos que consistan en la retransmisión de imagen y sonido, pero no aquellos que únicamente se refieran a la retransmisión de sonidos sin imagen. Decisión que, a juicio de la entidad recurrente, no respeta que las situaciones idénticas deben ser tratadas de forma idéntica, dado que la retransmisión radiofónica no es más que una modalidad de servicios de comunicación audiovisual, como lo es también la retransmisión televisiva (art. 2.2 de la LGCA), sin que pueda justificarse un trato distinto a dos situaciones idénticas, discriminando a los operadores audiovisuales (televisiones, operadores de internet) que tienen que pagar por retransmitir íntegramente los acontecimientos deportivos, frente a sus competidores radiofónicos que tienen acceso a dichos acontecimientos de forma gratuita, pudiendo retransmitirlos y explotarlos comercialmente sin tener que pagar a los titulares de los derechos correspondientes, en una actividad que excede de su derecho a la información.

La entidad recurrente considera que nos encontramos en el ámbito competencial y de aplicación del derecho de la Unión Europea por lo que debería haberse tomado en consideración la resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2012 sobre la dimensión Europea en el deporte y el Dictamen de 26 de octubre de 2011 del Comité Económico y Social Europeo que recomienda a los Estados Miembros el establecimiento de una compensación justa por la utilización de los acontecimientos deportivos en todas sus formas, actos que aunque carezcan de fuerza vinculante para los Estados Miembros los jueces nacionales están obligados a tener en consideración las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de los que conoce (STJUE de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi, Asunto 322/88). A juicio de la entidad recurrente, en caso de existir dudas sobre la interpretación del derecho comunitario en este caso era necesario plantear cuestión prejudicial, pues el "derecho" conferido por el art. 19.4 de la LGCA a los operadores radiofónicos se opone al derecho de la Unión Europea en cuanto vulnera:

- los derechos de propiedad y libertad de empresa de la LFP y de sus clubes afiliados (art. 6.1 del TUE 16, 17 y 52 CDFUE, 18 CEDH y art. 1 del Protocolo del CEDH, pues el reconocimiento del derecho a la retransmisión gratuita, íntegra y en directo, de los partidos de la competiciones futbolísticas organizados por la LFP no respeta el principio de proporcionalidad ya que podría haberse cumplido y garantizado el derecho de información con una regulación distinta; supone privar del derecho de propiedad de la LFP e implica aplicar una restricción a ese derecho más allá de la finalidad para la cual han sido previstas, todo ello sin prever una justa indemnización por su pérdida; y también implica una ilícita limitación del derecho de libertad de empresa al impedir la comercialización de los derechos audiovisuales radiofónicos.

- se vulnera el derecho a libre prestación de servicio, debido al carácter discriminatorio de la norma y la potencial afectación del mercado interior. A su juicio, dado que la LGCA limita su ámbito de aplicación (art. 3) a los prestadores de comunicación audiovisual que se encuentren establecidos en España, solo disfrutaban los operadores de comunicación audiovisual radiofónica que estén establecidos en España, por lo que considera que es una disposición que afecta y restringe el mercado interior, lo que implica una discriminación carente



de justificación para los operadores de comunicación audiovisual radiofónica que no estén establecidos en España.

- se conceden derechos especiales a los operadores de comunicación audiovisual radiofónica españoles, contraria a las normas sobre competencia de la UE en cuanto afecta a la capacidad de los demás operadores radiofónicos europeos para realizar la misma actividad (retransmisión de los acontecimientos deportivos) en condiciones esencialmente equivalentes; bloquea o restringe la entrada de un competidor en el mercado; e impide a la LFP comercializar la explotación internacional de los derechos de retransmisión radiofónica de las competiciones de fútbol que organiza dicha liga a diferencia con lo que sucede con las demás ligas europeas o las demás organizaciones internacionales. En definitiva, la concesión de los derechos especiales operada por el art. 19.4 de la LGCA comporta una distorsión en el mercado, lo que implica una infracción de las disposiciones del TFUE en materia de la competencia.

3º El tercer motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción el art. 5.1 LOPJ por cuanto el tribunal de instancia aplica un precepto legal (art. 19.4 de la LGCA) que la parte recurrente considera inconstitucional por contrario a los artículos 33, 38, 81, 86.1 y 117.3 de la CE. Argumenta que al ser inconstitucional la norma habilitante el acto impugnado sería nulo, por lo que, en contra de lo sostenido por la sentencia de instancia, el debate sobre la constitucionalidad de la norma que da cobertura al acto impugnado forma parte del debate procesal, sin que dicho debate pueda centrarse en la mera cuantificación de la compensación económica.

El derecho de acceso a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos supone una medida ablativa de derechos, suprimiendo el contenido patrimonial de los derechos audiovisuales radiofónicos de los que son titulares los organizadores de acontecimientos deportivos que la ley priva sin indemnización, lo que resulta contrario al artículo 33.3 de la Constitución. Es más, impone a los clubes de fútbol afiliados a la LFP a destinar gratuitamente parte de sus instalaciones (cabinas) que los operadores radiofónicos explotaran para su propio lucro y de forma gratuita, y los operadores tan solo están obligados a abonar una pequeña compensación (100 €) destinados a compensar los "costes generados" por el ejercicio de ese derecho por lo que el derecho conferido por el art. 19.4 de la LGCA al conllevar una privación de derechos acordada legislativamente que, al no ir acompañada de la debida indemnización, debe reputarse inconstitucional. Y además conculca el principio de reserva de ley orgánica, contenido en los artículos 86.2 y 81 CE, al ampliar el derecho a la información a costa de reducir el derecho de propiedad y de libertad de empresa y el principio de proporcionalidad al no haber escogido una alternativa menos gravosa para los demás derechos.

4º El cuarto motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción de los artículos 33 y 38 de la Constitución, en cuanto excluye de la comercialización los derechos de retransmisión radiofónica, privándole de los beneficios que podría obtener sin conceder indemnización alguna, siendo irrelevante que tales derechos no se hubiesen comercializado anteriormente.

5º El quinto motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del artículo 19.4 de la LGCA, en relación con los artículos 3 del CC y 9.3 in fine de la CE. Considera que la sentencia ha interpretado el art. 19.4 de la LGCA vulnerando los cánones hermenéuticos que establece el art. 3 del CC alcanzando un resultado contrario al espíritu y finalidad de la norma, que es que el ejercicio del derecho de retransmisión gratuita conlleve algún coste o gasto para los organizadores de los acontecimientos deportivos, lo que conduce a una cuantificación arbitraria de la compensación económica establecida en dicho precepto.

La sentencia de instancia considera que el pago de la compensación debe hacerse por partido, no incluye los costes de organización de servicios ni los costes de amortización de las cabinas.

La entidad recurrente invocando la exposición de motivos del RD-Ley 15/2012 ("[...] 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") entiende que la sentencia al establecer que el pago de la compensación debe hacerse por el acceso físico a los estadios incurre en una interpretación *contra legem* que resulta contraria al espíritu de dicha norma. No se trata tan solo de garantizar a los informadores el ejercicio del derecho, sino que impone un deber a los titulares de las infraestructuras, consistente en disponer de las estructuras y servicios necesarios para garantizar el ejercicio de dicho derecho. Si los organizadores de las competiciones deportivas -la LFP y sus afiliados- deben garantizar las condiciones y la posibilidad de ejercicio del derecho a los operadores radiofónicos por la retransmisión de los acontecimientos deportivos, deben incurrir en numerosos gastos y costes que van más allá de los que se causan directamente por el acceso físico de los operadores radiofónicos en cada uno de los partidos que se celebren.

A juicio de la parte recurrente, la interpretación del art. 19.4 de la LGCA exige que el pago de la compensación se haga por la temporada futbolística y no solo por cada partido retransmitido, pues lo contrario implicaría que



los clubes asuman unos costes (personal administrativo, material, controles de acceso, servicios comunes, electricidad, limpieza, seguridad etc...) que se generan siempre para garantizar el derecho con independencia de que los operadores radiofónicos asistan o no a los partidos. En cuanto a los costes de amortización de las cabinas debe incluirse por cuanto se trata de una inversión que deben hacer los clubes, y la propia exposición de motivos del RD-Ley 15/2012 menciona que los costes deben cubrir "el mantenimiento de las cabinas", lo que, sin duda, incluye su amortización. Y respecto a los costes de organización de servicios debe incluir costes indirectos inherentes a garantizar el acceso a los estadios y permitir la retransmisión radiofónica, pues la seguridad del estadio hay que garantizarla todos los días y no solo cuando se celebra un partido, lo que incluye costes de personal de seguridad social etc. (...) que no pueden ignorar para el cálculo de la compensación.

Por todo ello termina solicitando de este Tribunal que se case y anule la sentencia recurrida, dictando una sentencia por la que se declare nulo el Acuerdo adoptado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de noviembre de 2012 o subsidiariamente se establezca el importe de la compensación económica prevista en el art. 19.4 de la LGCA en la suma de 142 € por estadio, partido y operador, declarando que dicha compensación se abone por la totalidad de la temporada futbolística. En otro sí digo solicita de este Tribunal que con carácter previo a dictar sentencia se plante una cuestión prejudicial de interpretación ante el TJUE en torno a diversos preceptos.

CUARTO. El Abogado del Estado se opone al recurso argumentando, en síntesis, que:

Respecto a la falta de motivación respecto de la petición del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 19.4 de la LGCA la sentencia expone en el fundamento jurídico cuarto las razones por las que considera que el limitado alcance de la impugnación de la resolución del CMT impide el planteamiento sobre una norma legal en un aspecto ajeno al contenido de la decisión que se adopta.

No existe vulneración del derecho comunitario pues éste regula las retransmisiones televisadas, pero no las radiofónicas, sin que la explotación de los derechos en uno y otro caso pueda asimilarse, dado que no se trata de situaciones iguales y el diferente tratamiento tiene una justificación y un objetivo legal distinto y así se refleja en el art. 3 bis de la Directiva 89/552/CEE introducido por la Directiva 97/36/CE.

Sostiene que la compensación debe fijarse por el acceso al estadio para retransmisión del acontecimiento deportivo, pues en caso contrario no sería por el ejercicio del derecho sino por su mera titularidad, es decir por la simple posibilidad de su ejercicio, con independencia de su ejercicio concreto y real, apartándose del sentido de la norma. Por lo que respecta a la amortización de las cabinas y los costes de organización de los servicios se remite a lo argumentado en la sentencia.

QUINTO. El representante legal de Unidad Editorial Información Deportiva SLU se opone al recurso argumentando, en síntesis, que:

- la sentencia impugnada motiva suficientemente las razones por las que no plantea una cuestión de inconstitucionalidad, razonando en su fundamento jurídico cuarto que el acto impugnado se limita a fijar la compensación económica reconocida en el art. 19.4 de la Ley 7/2010, modificado por el Real Decreto Ley 15/2012, sin pronunciarse sobre el acceso de las radios a los estadios de fútbol, pues dicho acceso ya se contemplaba en la norma, y razona que en la impugnación concreta del acto no cabe cuestionar la norma en un aspecto que no es objeto de decisión en el acto recurrido.

- la sentencia no infringe el derecho comunitario invocado, pues es preciso distinguir entre servicios de comunicación audiovisual y radiofónica, sin que la normativa de la Unión Europea (Directiva 2010/2013/UE del Parlamento y del Consejo, de 10 de marzo de 2010) regule la difusión radiofónica de eventos deportivos, por lo que el legislador nacional ha regulado de forma separada el régimen de derechos de televisión y de radio, sin que éste último esté comprendido en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión por lo no puede entenderse vulnerado el derecho de la Unión Europea ni su Carta de Derechos fundamentales. Considera que la retransmisión radiofónica de eventos deportivos se encuentra amparada por el derecho a la libertad de información, y se venía desarrollando en España sin tener que desembolsar contraprestación alguna por el derecho a retransmitir. La Unión Europea, en materia de deporte lleva a cabo acciones para apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros (art. 6 del TFUE) pero no tiene competencias para dictar normas de carácter vinculante para los Estados miembros, sin que el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 26 de octubre de 2011 o la resolución del Parlamento Europeo en su resolución de 2 de febrero de 2012 carezcan de la eficacia vinculante y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea tan solo resulta aplicable para los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión.

- el art. 19.4 de la LGCA no vulnera, a su juicio, ni el derecho de propiedad ni la libertad de empresa. A su juicio la limitación al derecho de propiedad se encuentra justificada a través de la compensación económica que cada prestador de servicio radiofónico debe abonar al club por la utilización de las instalaciones necesarias para



transmitir la información, ni se vulnera el artículo 81 de la Constitución porque no es necesario Ley orgánica ya que la Ley General de Comunicación Audiovisual ni restringe ni delimita el núcleo básico de los derechos fundamentales y se limita a regular el régimen de provisión por las licenciaturas de servicios audiovisuales. Argumenta también que la CMT no ha tomado ninguna decisión específica sobre el acceso de las radios a los estadios de fútbol por lo que, coincidiendo con lo afirmado en la sentencia de instancia, no procede cuestionar la constitucionalidad de la norma legal con motivo de la impugnación de la resolución de la CMT que se limita a fijar la compensación económica a la que alude el artículo 19.4 de la Ley 7/2010.

- Tampoco se vulnera los artículos 33 y 38 de la Constitución pues el acceso a los estadios para la retransmisión en directo de los eventos deportivos es una manifestación del derecho a comunicar o recibir información veraz (art. 20.1.d) CE). La Ley 21/1997, de emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos, antecedente inmediato de la Ley 7/2010, no limitaba el tiempo de la emisión en directo para los operadores radiofónicos y el Tribunal Constitucional en su STC 112/2006, de 5 de abril se pronunció sobre su compatibilidad con el art. 20.1.d) CE y la normativa vigente lo mantiene. Y el libre acceso de los operadores de radio a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos a cambio de una compensación económica equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho, es una medida proporcionada que contribuye a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, sin que pueda considerarse contradictoria con el contenido del art. 38 de la CE y tampoco infringe el derecho de propiedad pues no es un derecho patrimonial consolidado y no ha sido explotado comercialmente.

- Finalmente muestra su conformidad con los términos en los que ha quedado fijada la compensación en la sentencia impugnada. La imposición de un pago por cabina y por temporada, con independencia de las veces que acudan al estadio, sería abusiva y supondría la obligación de abonar la compensación por el libre acceso sin tener en cuenta el efectivo ejercicio del derecho consagrado en el art. 20.1.d) de la Constitución. El ejercicio del derecho por el que se establece la compensación económica contemplado en el art. 19.4 de la Ley 7/2010 se produce cuando se accede físicamente al estadio para la retransmisión de que se trata por lo que el importe debe abonarse únicamente cuando se produzca dicho acceso. A su juicio el órgano a quo acierta al considerar que no debe incluirse el lucro cesante por destinar un espacio físico a las cabinas, puesto que se trata de un coste hipotético que tiene que ir unido a un uso alternativo de cabinas. Finalmente el perito cifra en un 12% el incremento de costes generales por incremento de costes imputables al mantenimiento de las cabinas que ya fueron tomados en consideración por la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. Deben considerarse correctamente excluidos los costes comunes (administración, corporativos o sistemas informativos) pues no se generan por el ejercicio de acceso a los estadios, sino que estos servicios los poseen los estadios con independencia de que las radios accedan o no.

SEXTO. El representante legal de Radio Popular SA, COPE se opone al recurso argumentando, en síntesis, que la sentencia se encuentra suficientemente motivada respecto al rechazo en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad solicitada, pues explica la falta de relevancia de la norma legal de cuya constitucionalidad se cuestiona para resolver el litigio, dado que la actividad administrativa impugnada se limita a fijar la compensación económica a satisfacer por los operadores radiofónicos y no el acceso a los estadios.

Tampoco puede considerarse que la previsión del art. 19.4 de la Ley 7/2010 sea contraria al derecho comunitario invocado en el motivo segundo, pues, tal y como señala la sentencia, de instancia, la normativa de la Unión Europea no regula la difusión radiofónico de eventos deportivos, dado que la Directiva 2010/2013/UE se refiere exclusivamente a los derechos audiovisuales televisivos, así se dispone en el considerando 23 de la Directiva que expresamente excluye de su ámbito de aplicación los servicios radiofónicos. Por otra parte, la retransmisión de eventos deportivos por los operadores radiofónicos se encuentra amparada por la libertad de información. Tampoco el Informe del Parlamento Europeo de 21 de noviembre de 2011 reconoce la explotación comercial de las retransmisiones radiofónicos de eventos deportivos, es más en su apartado 52 se refiere a la difusión televisiva solicitando a los Estados miembros que tomen medidas para asegurarse de que la retransmisión de acontecimientos deportivos de gran importancia no se base en criterios de exclusividad. Respecto a los artículos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo cierto es que según el art. 6 de dicha norma la Unión solo dispone de acciones para apoyar coordinar o complementar la acción de los Estados miembros en diversas materias, entre las que se encuentra el deporte, por lo que la Unión no tiene competencias exclusivas o compartida para poder dictar normas de carácter vinculante para los Estados miembros y el Dictamen del Comité Económico y Social de 26 de octubre de 2011 o la resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2012 sobre la Dimensión Europea del Deporte, carecen de eficacia vinculante. Tampoco la Carta Europea de Derechos Fundamentales puede ser invocada pues no crea competencias nuevas (STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-617/2010).

Por lo que respecta a la constitucionalidad del art. 19.4 de la LGCA, el recurrente plantea un conflicto entre el derecho a la libertad de información y los derechos de propiedad y de libertad de empresa y el legislador ha



querido dar prevalencia al derecho de información del art. 20.1.d) de la CE. Considera que el libre acceso de los operadores de radio a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos a cambio de una compensación económica equivalente a los costes generados por el ejercicio de este derecho es una medida proporcionada que contribuye a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo.

Y finalmente discrepa de su pretensión de modificar la compensación económica fijada en la sentencia, en similares términos a los argumentados en el escrito presentado por Unidad Editorial Información Deportiva SLU.

SÉPTIMO. El representante legal de Sociedad Española de Radiodifusión SL (en adelante Cadena Ser) se opone al recurso alegando, en síntesis, que la sentencia motiva el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad; el art. 19.4 de la LGCA constituye una clara manifestación del derecho a comunicar y recibir información (art. 20.1.d) de la CE); la normativa comunitaria no contempla ni regula los derechos de comercialización de la radiodifusión y la previsión del RD-Ley 15/2012 cuestionada carece de vinculación con el derecho de la Unión Europea, coincidiendo en este punto, con lo argumentado por las demás empresas codemandadas. Añade que el supuesto derecho de propiedad sobre la retransmisión radiofónica de los partidos de fútbol no es un derecho patrimonial consolidado por cuanto en España no ha sido nunca explotado ni vendido por parte de la recurrente y los clubes de fútbol asociados.

Por lo que se refiere a la compensación económica considera que solo debe producirse cuando se accede físicamente al estadio para la retransmisión de que se trate, pues solo así se retribuye con el ejercicio efectivo de su derecho y la ocupación real y concreta de las instalaciones. La amortización de las cabinas quedó resulta en la resolución de la CMT dado que la recurrente no aportó prueba alguna que justificase y acreditase la obligatoriedad o abono de este concepto y lo mismo sucede con otros gastos o conceptos adicionales.

OCTAVO. El representante legal de la Corporación Radio Televisión Española (CRTVE) alega, en primer lugar, la inadmisión del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 93.2.a) de la LJ en relación con el art. 94.1, párrafo segundo del mismo texto legal, por haber formalizado el recurso frente a una sentencia que no es susceptible de ser recurrida en casación, al amparo del art. 86.2.b) de la LJ. Argumenta que la propia demandante, hoy recurrente, manifestó en su escrito de interposición y formalización que la cuantía debería considerarse como indeterminada. A su juicio, el recurso de casación se encuentra dentro de la excepción prevista en el apartado b) del párrafo 2 del artículo 86, al tratarse de una sentencia dictada en un procedimiento ordinario cuya cuantía no excede de 600.000 €. Y ello porque la última de las pretensiones de la actora (la única que debe ser objeto del procedimiento) solicitaba la fijación de los costes por acceso de las radios a los estadios de fútbol para la retransmisión en un importe de 142 € frente a los 100 € fijados por la sentencia, así como que los operadores de radio deberían abonar la temporada completa. Dado que son 854 partidos en total, incluyendo todas las competiciones, la indemnización que pretende la actora por la temporada ascienda a 121.268 €. Por otra parte, el artículo 41.2 de la LJ establece que cuando existan varios demandantes se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno ellos, y en los supuestos de acumulación la cuantía vendrá determinada por la cuantía vendrá determina por la suma del valor económico de las pretensiones pero no comunicará las de cuantía inferior la posibilidad de casación o apelación, por lo cuantía debe ser los 121.268 € que se recoman a cada uno de los operadores de radio por el acceso durante toda la temporada.

Así mismo sostiene que el asunto carece de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones y carecer de generalidad.

Así mismo se opone al recurso. Alega, en primer lugar, que la sentencia motiva la denegación de la procedencia de elevar cuestión de inconstitucionalidad; argumenta que no es posible equiparar las emisiones televisivas con la radiofónicas existiendo una diferente regulación para una y otra, tanto a nivel comunitario como nacional, y la legislación anterior como la actual han venido reconociendo a los operadores radiofónicos la posibilidad de retransmisión en directo de los derechos deportivos por encontrarse incluido en el derecho a la información. Considera que el derecho comunitario no resulta de aplicación por no tratarse de una materia en la que la Unión tenga competencias exclusivas o compartidas, ni la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión puede ser invocada para ampliar el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Y todo ello con independencia que ni la libertad de empresa ni el derecho de propiedad son derechos absolutos y pueden ser limitados por su función social. Los derechos de retransmisión radiofónica de los partidos de fútbol no es un derecho patrimonial consolidado, que no se han vendido ni explotado en España tradicionalmente, y el acceso de los operadores de radio para la retransmisión en directo de los encuentros deportivos se salvaguarda el derecho de la colectividad a recibir información sobre asuntos de trascendencia pública, protegido por el derecho de información, por lo que las limitaciones a los derechos de propiedad y de libre empresa se encuentran plenamente justificadas.

Por lo que respecta al importe de la compensación se muestra conforme con lo afirmado en la sentencia de instancia, sin que proceda establecer una cantidad por temporada pues los conceptos contemplados



(consumo eléctrico, limpieza, seguridad, mantenimiento, amortización, accesos y acreditaciones) solo se producen cuando se accede al estadio por los operadores de radio. Los costes por la tenencia de las cabinas son amortizados por aquellas operadoras que las utilicen en cada encuentro, de otra forma se estaría pagando por la tenencia de una cabina que está siendo también utilizada por otro operador, por lo que el pago se duplicaría y se produciría un enriquecimiento injusto. Y los costes de organización de los servicios (costes generales como limpieza, seguridad, control de acceso) los clubs tendrían que asumirlo aunque no existiese el derecho de acceso de los operadores radiofónicos.

NOVENO. El representante legal de Uniprex SA se opone al recurso considerando que el no planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad está motivada y no existe obligación alguna por parte del Tribunal de plantear cuestión de constitucionalidad. La parte recurrente sustenta todo su recurso en el intento de equiparar el régimen de las retransmisiones televisivas a las radiofónicas, cuando el régimen no es equiparable y no es admisible la aplicación analógica al tratarse de supuestos distintos. La cuestión que nos ocupa no está sujeta al derecho comunitario ni se plantea duda que obligue al planteamiento de una cuestión prejudicial. Considera que el art. 19.4 de la LGCA no es contraria a la Constitución.

La parte intenta volver a cuestionar la constitucionalidad de una regulación que es continuación de la Ley dictada en 1997 y que fue declarada constitucional por la STC 112/2006. No cabe que al tiempo de impugnar a fijación de los costes de compensación se cuestione el derecho de acceso a la información de los periodistas radiofónicos para informar de palabra del desarrollo de los partidos de fútbol, que es lo que subyace en este recurso.

Considera que el objeto de la resolución impugnada no permite una impugnación indirecta de una norma con rango legal a la que se ha ajustado, sin que se pueda modificar el verdadero y único contenido del acto impugnado, siendo, por otra parte, correcta la interpretación del citado precepto en lo referente a los conceptos que deben incluirse en el coste generado por el derecho de acceso a los estadios de las operadoras de radio.

DÉCIMO. El representante legal de la Federación de Organismo o entidades de Radio y Televisión Autonómicas (FORTA) se ha personado en el recurso a los solos efectos de recibir las notificaciones que se dicten.

DÉCIMO PRIMERO. Este Tribunal, tras conceder a las partes personadas y al Ministerio Fiscal un trámite de alegaciones sobre el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, planteó la cuestión por Auto de 23 de abril de 2018 en relación con el art. 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo y la eventual contradicción de este precepto con los derecho de propiedad (art. 33 CE) y de la libertad de empresa (art. 38 CE).

El Tribunal Constitucional resolvió la cuestión mediante STC 7/2023, de 21 de febrero, consideró que dicho precepto no es contrario al derecho de propiedad (art. 33 CE) ni a la libertad de empresa (art. 38 CE).

DÉCIMO SEGUNDO. Una vez recibida esta sentencia se dio traslado a las partes personadas para que alegaran lo que estimasen conveniente sobre la incidencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el recurso entablado.

Presentaron sus alegaciones con el contenido que obra en las actuaciones el Abogado del Estado, "Radio Popular SA COPE", "Unidad Editorial Información Deportiva S.L.U", "Uniprex, S.A", "Federación de organismos de radio y televisión autonómicos" (en adelante, "FORTA"), "Corporación radiotelevisión española" (CRTVE), Sociedad española de radiodifusión, SLU (en adelante, CADENA SER),

DÉCIMO TERCERO. Evacuado dicho trámite, quedaron de nuevo las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 4 de julio de 2023, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El representante legal de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (en adelante LFP) impugna la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 201, que estimó parcialmente el recurso interpuesto por la LFP contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de fecha 29 de noviembre de 2012.

La resolución administrativa impugnada resolvía el conflicto planteado entre diferentes emisoras de radio y la LFP en relación con la determinación de la cuantía de la compensación económica reconocida en el art. 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.



Se dicta en aplicación de la previsión contenida en el art. 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de comunicación audiovisual, según la redacción dada por el artículo 2.2 del Real Decreto Ley 15/2012 de 20 de abril de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, en el que se establece que:

"4. 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 resolución fija la cuantía de la compensación, a falta de un acuerdo entre las partes implicadas, en 85 euros por estadio y partido.

Conviene aclarar que, si bien la Ley 7/2010 ha sido íntegramente derogada por la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, (apartado 1.b de la disposición derogatoria única), el problema jurídico se mantiene en los mismos términos pues la nueva ley reproduce la norma en términos prácticamente idénticos en su artículo 145 al afirmar:

"Derecho a la información audiovisual radiofónica relativa a acontecimientos deportivos emitidos en exclusiva.

1. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónico 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.

2. La cuantía de la compensación económica será fijada mediante acuerdo de las partes.

3. En caso de discrepancia, corresponderá a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolver el conflicto mediante resolución vinculante, a solicitud de alguna de las partes y previa audiencia de las mismas.

4. En caso de que el organizador del evento no esté establecido en España, la obligación de acceso recaerá sobre el titular de los derechos exclusivos que asuma la retransmisión en directo".

De modo que la resolución administrativa no solo ha desplegado efectos para las partes al amparo de la norma entonces vigente, sino que además dicha previsión se ha mantenido inalterada para el futuro.

SEGUNDO. Causas de inadmisión: Cuantía y carencia manifiesta de interés casacional.

El recurso de casación se plantea al amparo de la Ley Jurisdiccional antes de la modificación operada por la LO 7/2015, de 21 de julio, que dio una nueva redacción a los artículos 86 y ss, por lo que la sentencia deberá abordar los diferentes motivos de impugnación partiendo de las previsiones legales y criterios jurisprudenciales que existían al tiempo de interponerse el recurso.

El representante legal de la Corporación Radio Televisión Española (CRTVE) plantea como causa de inadmisibilidad la insuficiencia de la cuantía para poder acceder al recurso de casación. Y ello por entender que atendiendo a la última de las pretensiones de la actora (la única que debe ser objeto del procedimiento) la cuantía debe venir determinada por el importe por los costes de acceso solicitado en su demanda (142 €) multiplicando por el número de partidos de la temporada (854 partidos en total, incluyendo todas las competiciones), la indemnización que pretende la actora por la temporada ascienda a 121.268 €. Por otra parte, el artículo 41.2 de la LJ establece que cuando existan varios demandantes se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno ellos, y en los supuestos de acumulación la cuantía vendrá determinada por la cuantía vendrá determina por la suma del valor económico de las pretensiones pero no comunicará las de cuantía inferior la posibilidad de casación o apelación, por lo cuantía debe ser los 121.268 € que se reclaman a cada uno de los operadores de radio por el acceso durante toda la temporada.

Deben rechazarse las causas de inadmisión planteadas, pues la resolución administrativa se dicta en cumplimiento y aplicación de una previsión legal de cuya constitucionalidad se cuestiona y que ha motivado incluso el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte de este Tribunal que ha sido resuelta por sentencia del Tribunal Constitucional 7/2023, de 21 de febrero.

El recurso trasciende, por tanto, del importe fijado por la CMT para compensar económicamente los costes generados por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos, puesto que la cuestión debatida tenía un alcance económico y jurídico mucho mayor, en la medida en la que se estaba cuestionando si el libre acceso al estado a los operadores de radio privaba a los clubs y organizadores de los acontecimientos deportivos de poder comercializar ese acceso y consiguientemente la retransmisión completa y en directo del evento.



Lo cual al afectar a todos los clubes de fútbol y respecto de todos los eventos deportivos tiene una cuantía indeterminada y, desde luego muy superior al límite legalmente fijado como acceso a la casación.

Sin que tampoco pueda entenderse que un asunto en el que se cuestiona la libre entrada de emisoras de radio a los recintos deportivos y el derecho de los clubs a comercializar los derechos de retransmisión, con las dudas sobre la constitucionalidad de un precepto legal, pueda afirmarse que carece manifiestamente de interés casacional.

TERCERO. Delimitación del objeto del pronunciamiento tras la STC 7/2023, de 21 de febrero.

Los motivos referidos a la constitucionalidad del art. 19.4 de la LGCA la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de comunicación audiovisual, según la redacción dada por el artículo 2.2 del Real Decreto Ley 15/2012 de 20 de abril, han sido resueltos.

En efecto, este Tribunal planteó una cuestión de inconstitucional que ha sido resuelta por STC 7/2023, de 21 de febrero en la que se afirmó que dicho precepto "no es contrario al derecho de propiedad (art. 33 CE) ni a la libertad de empresa (art. 38 CE) en la medida en que la restricción impuesta por el precepto a los organizadores de acontecimientos deportivos contribuye a la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, en cuanto dirigida a garantizar el derecho a informar y recibir información, previsto en el art. 20.1.d) de la CE y está sometida a una contraprestación económica que deben abonar los prestadores de servicios de comunicación radiofónica".

Ello conlleva la desestimación de los motivos relacionados con el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad y la pretendida inconstitucionalidad del art. 19.4 de la LGCA o la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre este punto, remitiéndonos a lo afirmado por la sentencia del Tribunal Constitucional sobre estos extremos.

En definitiva, tras los pronunciamientos contenidos en la sentencia del Tribunal Constitucional 7/2023, de 21 de febrero, tan solo resta por analizar dos motivos:

a) El motivo segundo referido a la pretendida infracción del derecho de la Unión Europea; b) el motivo quinto referido a la correcta cuantificación del importe de la compensación prevista en la LGCA.

CUARTO. Sobre la vulneración de normas de la Unión Europea.

La parte recurrente sostiene que el art. 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual resultaría contrario a las normas de la Unión Europea, particularmente a los artículos 6 del Tratado de la Unión y los artículos 18 (no discriminación), art. 26 (mercado interior), art. 56 (derecho a la libre prestación de servicios) y art. 106 (restricción de la competencia por concesión por parte del Estado de derechos especiales a empresas) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Así como los artículos 16 (libertad de empresa), art. 17 (derecho de propiedad) y art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión (no discriminación), el art. 18 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y art. 1 del Protocolo nº 1 y el art. 1 del Protocolo 12 del CEDH en relación con la jurisprudencia del TJUE.

La entidad recurrente considera que nos encontramos en el ámbito competencial y de aplicación del derecho de la Unión Europea por lo que debería haberse tomado en consideración la resolución del Parlamento Europeo de 2 de febrero de 2012 sobre la dimensión Europea en el deporte y el Dictamen de 26 de octubre de 2011 del Comité Económico y Social Europeo que recomienda a los Estados Miembros el establecimiento de una compensación justa por la utilización de los acontecimientos deportivos en todas sus formas, actos que aunque carezcan de fuerza vinculante para los Estados Miembros los jueces nacionales están obligados a tener en consideración las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de los que conoce (STJUE de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi, Asunto 322/88).

No existe vulneración de las normas de libre circulación y de competencia por el hecho de que la Ley nacional impida la comercialización de los derechos de retransmisión respecto de los operadores establecidos en España, pues la Liga de Fútbol no defiende los derechos de las empresas que residan en el extranjero, para lo que carecería de legitimación, sino al contrario defiende la posibilidad de que los clubs de fútbol puedan comercializar y por lo tanto cobrar también a las empresas extranjeras. En definitiva, se está invocando la vulneración de la libre competencia para poder impedir la libre entrada y retransmisión en directo a las empresas extranjeras.

Por otra parte, en el supuesto que nos ocupa no se aplica el derecho de la Unión Europea pues las diferentes directivas que regulan el ejercicio de actividades de radiodifusión y la posibilidad de conceder en exclusiva los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos se refieren siempre a la televisión y no a la radio. De



modo que la normativa de la Unión europea separa y diferencia estos dos medios de comunicación al tiempo de regular los derechos de retransmisión de los acontecimientos deportivos.

Así, la Directiva 2007/552/CEE de 11 de diciembre por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, establece que "(22) A los efectos de la presente Directiva, el término "audiovisual" debe hacer referencia a imágenes en movimiento, acompañadas o no de sonido, por lo que comprende las películas mudas, pero no la transmisión de audio ni los servicios de radio". Y la ley general de comunicación audiovisual 7/2010 transpone la Directiva 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre del 2007.

La Directiva 2010/2013/UE se refiere exclusivamente a los derechos audiovisuales televisivos, así se dispone en el considerando 23 de la Directiva que expresamente excluye de su ámbito de aplicación los servicios radiofónicos, por ello el diferente tratamiento realizado por el legislador español respecto al régimen jurídico aplicable respecto de la comercialización de los derechos de retransmisión televisiva y por radio no puede considerarse contrario a dicha norma comunitaria.

Antes al contrario, la normativa comunitaria incluso para el caso de las retransmisiones televisivas sugiere la necesidad de propiciar medidas destinadas a proteger la información y garantizar un amplio acceso del público a la cobertura televisiva (Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (considerandos 5 y 18 y art. 3 bis)

En definitiva, la normas de derecho derivado de la unión Europea establecen un régimen jurídico específico para las retransmisión por televisión y no lo extiende a las retransmisiones por radio, partiendo además que la posibilidad de limitar la retransmisión en exclusiva por televisión es la excepción y esta sujeta a límites considerando que la preservación del derecho a la información y su libre acceso debe ser la regla general, lo que en esencia coincide con lo afirmado por el Tribunal Constitucional en relación con los derechos fundamentales invocados.

El recurrente invoca también la vulneración de los artículos 16, 17 y 21 de la Carta Europea de Derechos fundamentales, pero dicha Carta tan solo resulta aplicable para los Estados miembros cuando apliquen el derecho de la Unión. Se trata de una norma de contenido materialmente constitucional que forma parte del derecho comunitario originario y que resulta vinculante, sus disposiciones y la jurisprudencia del TJUE que la interpreta, pero, "únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión" (art. 51 de la Carta).

Tampoco el Informe del Parlamento Europeo de 21 de noviembre de 2011 reconoce la explotación comercial de las retransmisiones radiofónicos de eventos deportivos, es más en su apartado 52 se refiere a la difusión televisiva solicitando a los Estados miembros que tomen medidas para asegurarse de que la retransmisión de acontecimientos deportivos de gran importancia no se base en criterios de exclusividad.

El planteamiento de una cuestión prejudicial, tal y como señalamos en la STS de 17 de octubre de 2011 (rec. 2356/2009) depende, entre otros factores de la aplicabilidad al litigio e las disposiciones del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Ello implica emitir un juicio de relevancia que precise que la interpretación de una norma de derecho comunitario resulte determinante para resolver el litigio.

En segundo lugar, la parte recurrente aduce que la LGCA limita su ámbito de aplicación (art. 3) a los prestadores de comunicación audiovisual que se encuentren establecidos en España, por lo que considera que es una disposición que afecta y restringe el mercado interior, lo que implica una discriminación carente de justificación para los operadores de comunicación audiovisual radiofónica que no estén establecidos en España. Así mismo, entiende que se conceden derechos especiales a los operadores de comunicación audiovisual radiofónica españoles, contraria a las normas sobre competencia de la UE, en cuanto afecta a la capacidad de los demás operadores radiofónicos europeos para realizar la misma actividad (retransmisión de los acontecimientos deportivos) en condiciones esencialmente equivalentes; bloquea o restringe la entrada de un competidor en el mercado; e impide a la LFP comercializar la explotación internacional de los derechos de retransmisión radiofónica de las competiciones de fútbol que organiza dicha liga a diferencia con lo que sucede con las demás ligas europeas o las demás organizaciones internacionales. En definitiva, la concesión de los derechos especiales operada por el art. 19.4 de la LGCA comporta una distorsión en el mercado, lo que implica una infracción de las disposiciones del TFUE en materia de la competencia.

Lo cierto es que la Liga de Fútbol profesional carece de legitimación para la defensa de los derechos e intereses de las empresas de comunicación audiovisual de otros Estados miembros, que, por otra parte, no son cuestionados ni son objeto de debate en el presente litigio, máxime cuando lo pretendido por esta parte



no es la defensa de los derechos de retransmisión de dichos operadores sino por el contrario el derecho de comercialización en exclusiva de los derechos de retransmisión radiofónica de los clubs de fútbol.

Se desestima este motivo de casación.

QUINTO. Sobre la cuantificación de la compensación por la retransmisión radiofónica de los eventos deportivos.

El quinto motivo de impugnación, formulado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del artículo 19.4 de la LGCA, en relación con los artículos 3 del CC y 9.3 in fine de la CE. Y ello por entender que la sentencia ha interpretado el art. 19.4 de la LGCA vulnerando los cánones hermenéuticos que establece el art. 3 del CC alcanzando un resultado contrario al espíritu y finalidad de la norma, lo que conduce a una cuantificación arbitraria de la compensación económica establecida en dicho precepto.

A juicio de la parte recurrente, la interpretación del art. 19.4 de la LGCA exige fijar una compensación que tome en consideración los siguientes factores y conceptos: a) pago por temporada o cada vez que se acceda a un estadio; b) amortización de las cabinas; c) costes de organización de los servicios.

a) Por lo que respecta a la modalidad de esta compensación la sentencia de instancia afirma que la Ley alude a una compensación económica "por el ejercicio del derecho", y entiende que 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 cuando se accede al estadio para ejercer el derecho y no el resto de los partidos.

El recurso, por el contrario, considera que la compensación no se fija por el acceso que es libre, sino por el coste y gastos que genera tener a su disposición una cabina o recinto preparado para poder retransmitir el acontecimiento deportivo. El pago debe hacerse por la temporada futbolística y no solo por cada partido retransmitido, pues lo contrario implicaría que los clubs asuman unos costes (personal administrativo, material, controles de acceso, servicios comunes, electricidad, limpieza, seguridad etc...) que se generan siempre para garantizar el derecho con independencia de que los operadores radiofónicos asistan o no a los partidos.

Tiene razón la parte recurrente cuando afirma que la compensación no se establece por permitir el acceso a los estadios a los operadores radiofónicos. El acceso es libre y así lo declara la ley ("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"). La cantidad que ha de abonarse a los clubs es para compensarles de los gastos y costes que les supone poner a disposición de la radios un espacio adecuado para poder ejercer el derecho de retransmisión y mantenerlo, o como concretamente afirma el Preámbulo del Real Decreto Ley 15/2012, "como quiera que el ejercicio de este derecho por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica implica hacer uso de determinadas instalaciones de los recintos en los que se celebre el acontecimiento, 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".

Los clubs deben poner a su disposición de los operadores radiofónicos unas cabinas acondicionadas a tal fin, por lo que la instalación y mantenimiento de estas y de los restantes servicios necesarios forma parte de estos gastos que han de ser compensados. Así mismo, los clubs deben disponer del personal necesario que permita el acceso a este recinto y el desarrollo de su tarea.

Todo ello implica unos gastos fijos para los clubs con independencia de que las emisoras decidan o no acudir a un determinado partido, por lo que para que la contraprestación tenga un carácter equitativo debe establecerse por temporada. Lo que, además, permitirá a los clubs planificar las instalaciones y servicios con los que deberá contar, en la medida de lo posible, al inicio de cada temporada y así organizar y distribuir los espacios disponibles entre los operadores que lo soliciten.

b) Se discute, en segundo lugar, si dentro de la compensación deben incluirse los costes de amortización de las cabinas.

La Liga de Fútbol profesional afirma que las cabinas es una inversión que deben hacer los clubs, y la propia exposición de motivos del RD-Ley 15/2012 menciona que los costes deben cubrir "el mantenimiento de las cabinas", lo que, sin duda, incluye su amortización.

Si bien no puede descartarse que los gastos de amortización de un elemento del inmovilizado necesario para el ejercicio de este derecho pueda ser incluido en los costes, la CMT primero y la sentencia impugnada después, valorando la prueba practicada, entiende excluye esta partida por cuanto la "LFP no ha aportado ninguna



documentación que acredite dicho concepto". Se incluye, sin embargo, la amortización referida al mobiliario que se incluye en una cabina, por importe de 4 euros.

Procede confirmar la sentencia en este extremo ya que estamos ante la valoración de los medios de prueba aportados en la instancia que no puede ser revisada en casación.

c) Costes de organización de los servicios.

En el informe pericial se incluye una partida denominada "coste de organización de servicios 12%" que cuantifica en 15 €.

La sentencia impugnada rechaza esta partida afirmando que "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".

La Liga afirma que se deben incluir costes indirectos inherentes a garantizar el acceso a los estadios y permitir la retransmisión radiofónica, pues la seguridad del estadio hay que garantizarla todos los días y no solo cuando se celebra un partido, lo que incluye costes de personal de seguridad social etc.(...) que no pueden ignorar para el cálculo de la compensación.

Lo cierto es que la seguridad, el mantenimiento general, los accesos y acreditaciones ya fueron valorados como partidas independientes en dicho informe pericial por lo que, tal y como señala la sentencia, no existe base para incluir una nueva partida de costes indirectos que duplica el importe por servicios que ya han sido valorados.

Por todo ello, y estimando parcialmente este motivo de impugnación, consideramos que el importe de la compensación económica prevista en el art. 19.4 de la LGCA debe ascender a 100 € por estadio y partido, suma que deberá ser abonada por la temporada completa por cada prestador de servicio de comunicación audiovisual radiofónica que desee ejercer el derecho de acceso a un estadio o recinto para retransmitir en directo el acontecimiento deportivo correspondiente.

SEXTO. Costas

Dada la estimación parcial de este recurso no procede imponer las costas de casación ni de instancia a ninguna de las partes litigantes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

PRIMERO. Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la Liga Nacional de Fútbol Profesional contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2015 que se casa y anula en el particular referido a la modalidad de pago de la compensación.

SEGUNDO. Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Liga Nacional de Fútbol Profesional contra la resolución de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones de fecha 29 de noviembre de 2012, y se fija la compensación económica a que se refiere el artículo 19.4 de la Ley 7/2010 en la cantidad de 100 € por estadio y partido que deberá abonarse por la temporada completa por cada prestador de servicio de comunicación audiovisual radiofónica que desee ejercer el derecho de acceso a un estadio o recinto para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos correspondientes.

TERCERO. No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.