

**Auto de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de
23/4/2018 (rec.1126/2015)**

Encabezamiento

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: TERCERA

AUTO

Fecha del auto: 23/04/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 1126/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

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

Transcrito por: AVJ

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 1126/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: TERCERA

AUTO

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 23 de abril de 2018.

El presente recurso de casación con el 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, 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.*

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Procuradora Doña Consuelo Rodríguez Chacon, actuando en nombre y representación de la Liga Nacional de Fútbol Profesional (en adelante LFP) interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional contra el Acuerdo adoptado el 29 de noviembre de 2012 por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), 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.

La resolución fijó en 85 euros por estadio/partido/operador «la compensación económica equivalente al coste generado por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónico por el ejercicio del derecho a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos, que éstos deberá 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* .».

El recurso, por lo que ahora interesa, argumentaba que con independencia de cuestionar el importe de la compensación fijada tenía, en realidad, la finalidad de declarar su nulidad por haberse dictado al amparo de una norma (el *art. 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual*) que la parte recurrente consideraba contraria a la Constitución. A tal efecto y tras describir la situación anterior a la LGCA y en el derecho comparado, la parte recurrente consideraba que la norma podría considerarse contraria al derecho de la Unión Europea y subsidiariamente cuestionaba la inconstitucionalidad de dicha norma por entenderla contraria, entre otros, a los derechos de propiedad (*art. 33 CE*) y a la libertad de empresa (*art. 38 CE*) por lo que solicitaba el planteamiento de una cuestión de

inconstitucionalidad. Y subsidiariamente a la anterior petición solicitaba la revocación del acuerdo recurrido para que se fijase como importe de la compensación económica la suma de 142 € por operador radiofónico y por estadio y partido a pagar íntegramente por temporada.

SEGUNDO. Por *sentencia de la Sección octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2015 (rec. 51/2013)* se estimó parcialmente el recurso interpuesto por la LFP desestimando las pretensiones referidas a la vulneración de la normativa de la Unión Europea y el eventual planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, fijando la cuantía de la compensación económica a que se refiere el *art. 19.4 de la Ley 7/2010* en la cantidad de 100 euros.

TERCERO. La LFP interpuso recurso de casación contra dicha sentencia en el que, entre otros motivos, 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.

La parte recurrente argumenta al respecto que 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 (las 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.

Así mismo considera que dicho precepto infringe 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.

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 de la Unión Europea y, a su vez, estimando que la citada

norma plantea serias dudas de constitucionalidad solicita a este Tribunal que plantee ante el Tribunal Constitución una cuestión de inconstitucionalidad.

CUARTO . En el recurso de casación se personaron como partes demandadas o codemandadas tanto el Abogado del Estado como diversas entidades. Todos ellos se opusieron al recurso por distintos motivos, y por lo que respecta a la pretendida inconstitucionalidad del art. 19.4 de la LGCA argumentaron que dicho precepto no vulnera ni el derecho de propiedad ni la libertad de empresa.

A tal efecto, "Unidad Editorial Información Deportiva SLU", alega que 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* .

A juicio de dicha entidad, 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.

Radio Popular SA, COPE, 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.

Sociedad Española de Radiodifusión SL (en adelante Cadena Ser) se opone al recurso alegando, por lo que a la pretendida inconstitucionalidad del *art. 19.4 de la LGCA se refiere que el mismo constituye una clara manifestación del derecho a comunicar y recibir información (art. 20.1.d) de la CE*). Añade que el supuesto

derecho de propiedad sobre la retransmisión radiofónica de los partidos de futbol 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 futbol asociados.

Corporación RadioTelevisión Española (CRTVE) argumenta que los derechos de retransmisión radiofónica de los partidos de futbol 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.

El representante legal de Uniprex SA se opone al recurso considerando que el *art. 19.4 de la LGCA no es contrario a la Constitución* . La parte intenta 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* . Al impugnar la resolución que fija los costes de compensación no es posible cuestionar el derecho de acceso a la información de los periodistas radiofónicos para informar de palabra del desarrollo de los partidos de futbol , pues entiende 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.

QUINTO . Por providencia de 22 de enero de 2018 se cambió el ponente y se señaló para el 20 de febrero de 2018 para votación y fallo.

Por providencia de 20 de febrero de 2018 se acordó dejar sin efecto el señalamiento y conceder a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por un plazo común de 10 días para que presentasen alegaciones sobre el posible planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, al amparo del *art. 35 de la LOPJ* , en relación con el *artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo General de Comunicación Audiovisual* por su posible vulneración del derecho de propiedad (*art. 33 CE*) y de la libertad de empresa (*art. 38 CE*).

SEXTO . La Corporación RadioTelevisión Española (CRTVE) presentó alegaciones se opone al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por entender, en primer lugar, que el presente litigio se limita a la fijación de la compensación económica a satisfacer por los operadores radiofónicos por su acceso a los estadios para la retransmisión en directo de encuentros de futbol por lo que la eventual inconstitucionalidad del *art. 19 de la LGCA no guarda el necesario juicio de relevancia*. Y en todo caso no considera que concorra el vicio de inconstitucionalidad de dicha norma ni por motivos formales ni por motivos materiales, por entender que el *art. 19 es plenamente respetuoso con la Constitución* y ésta amparado por el derecho a la información.

Unidad Editorial Información Deportiva SLU se opone al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por entender, al igual que el anterior, que no concurre el juicio de relevancia previo y considera que el libre acceso de los operadores de radio a los estadios para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos a cambio de una compensación económica que cubra los costes es un medida proporcionada.

Uniprex alega que no existe motivo para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Considera que, a diferencia del derecho de información, los derechos de propiedad y a la libertad de empresa no son derechos fundamentales y que la previsión legal cuestionada tiene respaldo directo en el derecho a la información invocando la doctrina sentada en la *STC 112/2006*.

Radio Popular SA, COPE considera que no existe motivo para el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. No concurre el juicio de relevancia previo y considera que el libre acceso de los operadores de radio a los estadios para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos se integra en el *art. 20.1.d) de la Constitución* y es una medida proporcionada.

El Abogado del Estado considera que es un caso parecido al que enjuicio el *Tribunal Constitucional en su sentencia 112/2006* en relación con la Ley 21/1997. Por otra parte el acceso a los estadios está amparado por el derecho a la información.

La Federación de Organismos o Entidades de Radio y Televisión Autonómicas (FORTA) se opone al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Comienza por afirmar que no existe el juicio de relevancia dado que la resolución objeto de impugnación se limita a fijar la compensación económica a fin de retransmitir en directo los encuentros de fútbol establecida por la CMT, acto que se utiliza para impugnar de forma indirecta una norma de rango legal. Invoca la doctrina de la *sentencia del Tribunal Constitucional 112/2006* en relación con el *art. 19.4 de la Ley 21/1997* y considera que el acceso a los estadios es expresión del derecho fundamental a la información.

La Liga Nacional de Fútbol Profesional considera procedente el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad. Considera que la relevancia del *art. 19.4 LGCA* es relevante y palmaria, dado que en dicha disposición se funda la resolución impugnada. Considera que dicha disposición impide a sus titulares la explotación de los derechos de retransmisión radiofónica de las competiciones futbolísticas y que el derecho conferido a los operadores radiofónicos carece de fundamento constitucional, es desproporcionado, al existir otras medidas alternativas mucho más proporcionadas y compatibles con los derechos de los titulares, y nada tiene que ver con el derecho a la información. Esta previsión elimina y suprime el contenido esencial del derecho de propiedad y de libre empresa ocasionando la correspondiente pérdida integral de la utilidad económica de los derechos de retransmisión radiofónica y, por lo tanto, su posibilidad de comercialización.

Argumenta que la previsión contenida en el *art. 2 de la Ley 21/1997* no fue analizada ni revisada en la *STC 112/2006*. Las previsiones normativas de la Ley 21/1997 dirigidas a garantizar el ejercicio del derecho a la información nunca fueron objeto de revisión y control por parte del Tribunal Constitucional. Considera que el *art. 19.4 de la Ley 7/2010* es inconstitucional por vulnerar el derecho de propiedad privada (*art. 33*) y *derecho de libertad de empresa* (*art. 38 CE*). La libertad de información es un derecho de libertad y no un derecho prestación que otorga a sus titulares la posibilidad de exigir de otros sujetos obligaciones de hacer y menos que el obligado a dichas prestaciones sean particulares o empresas privadas. Además bajo el derecho de información se consagra un privilegio de retransmisión gratuita y en directo.

El Fiscal no se opone el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

Considera que el juicio de constitucionalidad de la previsión contenida en el *art. 19.4 de la Ley 7/2010* es relevante para la decisión de este procedimiento. Así mismo considera pertinente plantear una cuestión de inconstitucionalidad por la eventual contradicción de dicho precepto con el derecho de propiedad y la libertad de empresa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . El *artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual* (en adelante LGCA), tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 15/2012 de 20 de abril, dispone:

«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.».

En aplicación de este precepto se adoptó el Acuerdo de 29 de noviembre de 2012 por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), que resuelve el conflicto planteado entre diferentes emisoras de radio y la LFP fijando en 85 euros por estadio/partido/operador la cuantía de la compensación económica reconocida en el art. 19.4 de la LGCA, equivalente al coste y gastos generados por el acceso de los servicios de comunicación audiovisual radiofónica a los estadios y recintos para retransmitir acontecimientos deportivos.

La sentencia de la Audiencia Nacional y algunas de las empresas de radio, que actúan como codemandadas en casación, consideran que el objeto del litigio debe limitarse exclusivamente a determinar el importe de la compensación que los operadores radiofónicos tienen que abonar a los titulares de las instalaciones deportivas por el uso del derecho de acceso a los recintos para la retransmisión en directo del evento deportivo, sin que sea posible cuestionar en este litigio la constitucionalidad del art. 19.4 de la LGCA.

Con el fin de establecer la relevancia que la aplicación del artículo 19.4 de la LGCA tiene en el supuesto que nos ocupa y la incidencia que su eventual inconstitucionalidad tendría para resolver este litigio, debe destacarse que la resolución administrativa se dicta al amparo de dicho precepto y el resultado del fallo, cualquiera que este sea, depende de su constitucionalidad puesto que la compensación económica a percibir por los clubs de fútbol profesional es consecuencia directa de la aplicación del mismo. La cuantía que ha de fijarse por el libre acceso de los operadores de radio o la eventual posibilidad de comercializar la exclusiva retransmisión radiofónica limitando el acceso a los demás operadores, dependerá de la constitucionalidad de la previsión legal ahora cuestionada, que permite a las empresas radiofónicas el libre acceso a los estadios y recintos deportivos para retransmisiones en directo de los acontecimientos deportivos organizados por la parte recurrente y los clubs a los que representa.

A tal efecto, la LFP, tanto en el proceso de instancia como en casación, solicitó

la nulidad de la resolución de la CMT, entre otros motivos, por entender que el citado precepto legal es inconstitucional por contrario a los *artículos 33 , 38 , 81 , 86.1 y 117.3 de la CE* . Argumentaba que la previsión legal en cuanto permite a los operadores radiofónicos el derecho de libre acceso a los estadios y recintos «para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos», estableciendo como única compensación económica el equivalente a los costes generados por el ejercicio de tal derecho, 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, lo que, a su juicio, resulta contrario a 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.

Los recurrentes en el primer acto singular de aplicación concreta del citado precepto legal cuestionan su constitucionalidad, lo cual es perfectamente posible pues nada impide que la impugnación dirigida contra una disposición reglamentaria o un acto singular se sustente en la consideración de que la norma legal que desarrolla o aplica es contraria a la Constitución, y si, como ocurre en el caso que nos ocupa, el Tribunal alberga dudas sobre la constitucionalidad del precepto legal deberá para plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la previsión legal en la se apoya dicho acto.

En definitiva, siendo la resolución impugnada un acto administrativo que trae causa y es aplicación directa de la previsión contenida en el artículo 19.4 de la LGCA, y planteando la parte recurrente la nulidad de dicha resolución por entender que el precepto legal en que se basa es inconstitucional, ha de concluirse que la constitucionalidad de la norma forma parte del debate procesal y condiciona el resultado del litigio.

SEGUNDO. El contenido esencial de los derechos viene marcado en cada caso por el elenco de facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible y no se desnaturalice, todo ello referido a un determinado momento histórico y tomando en consideración la realidad social existente.

El derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer en la actualidad tanto sobre bienes como sobre derechos, y por lo que aquí nos interesa sobre los de retransmisión televisiva, y así lo ha reconocido el *Tribunal Constitucional en su sentencia 112/2006, de 5 de abril* .

Los clubs de fútbol y los organizadores de las competiciones deportivas tienen el derecho a la explotación económica de los acontecimientos que ellos generan, entre los que se encuentran la retransmisión de los partidos de fútbol . Así se reconoce en la actualidad sin duda alguna respecto de los derechos de retransmisión televisiva cuya comercialización se contempla a nivel de la Unión Europea en la Directiva 2010/13 y a nivel nacional se reguló inicialmente en la Ley 21/1997 y actualmente se recoge en la vigente Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.

Es cierto que dicha normativa tan solo regula la comercialización de la emisión exclusiva de los derechos de retransmisión televisivos y no los radiofónicos, si bien, desde un perspectiva patrimonial y jurídica, y a los efectos que nos ocupan, no se aprecian diferencias sustanciales entre la explotación comercial de las retransmisiones televisivas o radiofónicas de un evento deportivo.

El hecho de que en el pasado no se haya comercializado los derechos de retransmisión radiofónica no constituye un argumento que excluya la disponibilidad de los derechos de comercialización en la actualidad, pues los usos sociales y jurídicos han cambiado. De hecho, tal y como se acredita en la instancia, la explotación de los derechos de retransmisión radiofónica no solo se comercializan en la actualidad en diversos acontecimientos deportivos internacionales, como las olimpiadas, sino también en las competiciones internacionales organizadas por FIFA y UEFA y en diferentes países de la Unión Europea, como Alemania, Reino Unido e Italia.

TERCERO. Este tribunal alberga dudas sobre la constitucionalidad de la previsión legal contenida en el *art. 19.4 de la LGCA antes transcrita, al entender que puede ser contraria al derecho de propiedad (art. 30 CE)* y eventualmente a la libertad de empresa (*art. 38 CE*), en su vertiente referida a la libertad de contratación, pues al disponer el libre acceso de los operadores de radio a los estadios «para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos» , limitando la compensación económica que pueden percibir los titulares de los derechos de retransmisión a los costes generados por el ejercicio de tal derecho y por el uso de las cabinas instaladas al efecto, está excluyendo la posibilidad de que la Liga de Fútbol Profesional y/o los clubs que la integran puedan comercializar y explotar los derechos de retransmisión en directo y en exclusiva de los acontecimientos deportivos en cuestión.

El Tribunal Constitucional ha señalado que «corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable». Le corresponde al legislador delimitar el contenido de los derechos dominicales pero el límite lo encontraría «a los efectos de la aplicación del *artículo 33.3 CE* en el contenido esencial, eso es, no sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone que resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho» (*STC 170/1989, de 19 de octubre* , F.j 8).

La delimitación legal del contenido de los derechos patrimoniales no puede desconocer el contenido esencial de los mismos, pues en este caso se produciría una privación o supresión del mismo, que aun cuando acordada por una norma de carácter general se traduciría en despojo de situaciones jurídicas individualizadas no tolerado por la Constitución, salvo que medie la indemnización correspondiente (*STC 227/1988, de 29 de noviembre*).

El Real Decreto Ley 15/2012 de 20 de abril, que modificó la Ley General de la Comunicación Audiovisual, reguló el acceso de los operadores radiofónicos a los estadios y recintos para que pudieran retransmitir en directo los acontecimientos deportivos. Esta regulación, a diferencia de los derechos retransmisión televisiva, no contempló, de facto excluyó, la posibilidad de comercializar los derechos de retransmisión radiofónica en exclusiva, limitándose a fijar la obligación de los operadores radiofónicos a abonar una compensación por el uso de las instalaciones y los gastos que se generen. Y así se puso de manifiesto en la exposición de motivos de dicha norma:

«[...]», es necesario que la legislación audiovisual reconozca expresamente el

derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica a comunicar información sobre acontecimientos deportivos y de este modo proteger el derecho a la información de todos los ciudadanos como derecho prioritario, tal y como se señala en la exposición de motivos de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Para poder ejercitar este derecho es necesario establecer la libertad de acceso a los espacios o recintos en los que se celebren los acontecimientos deportivos por parte de los operadores radiofónicos.

Por este motivo, se lleva a cabo una modificación del *art. 19 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* para 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.

No obstante lo anterior, 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.».

La previsión legal que permite a las emisoras de radio el libre acceso a los estadios para retransmitir en directo y de forma gratuita e íntegra el evento, priva a los organizadores, titulares de los derechos de explotación, de una parte esencial de su aprovechamiento económico y, por ende del contenido patrimonial de este derecho y de su posibilidad de contratar los derechos de retransmisión en favor de una o varias emisoras. Sin embargo, las empresas radiofónicas obtienen ingresos por publicidad, captando a un mayor número de oyentes, en los programas de entretenimiento sustentados en las retransmisiones de dichos acontecimientos deportivos.

CUARTO . La exposición de motivos del Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, en el que se introduce la previsión legal ahora cuestionada, fundamenta el acceso de los operadores radiofónicos a los estadios para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos en el derecho a comunicar información reconocido en el *artículo 20.1.d) de la Constitución Española* .

La cuestión se centra en determinar si el contenido de este derecho fundamental comprende necesariamente el acceso de las emisoras privadas de radio, a los estadios para retransmitir en directo y de forma gratuita los partidos de fútbol (a salvo de los gastos por la utilización de las instalaciones), o si, por el contrario, este derecho de información quedaría igualmente garantizado con medidas que fuesen compatibles con la comercialización de los derechos de retransmisión radiofónica, planteándose, en definitiva, si la previsión legal cuestionada resulta necesaria y/o proporcionada.

Los derechos no son absolutos máxime cuando entran en conflicto con derechos de terceros, por lo que será necesario establecer si las restricciones impuestas son adecuadas para garantizar el contenido del derecho que tratan de proteger, si son necesarias por no existir una alternativa menos gravosa y si son proporcionadas.

Este Tribunal alberga dudas que una previsión legal como la cuestionada sea necesaria, adecuada y proporcional cuando se confronta el derecho a comunicar información con los derechos de propiedad y libertad de empresa de los organizadores de los eventos deportivos en su vertiente referida a la libre contratación.

Los partidos de fútbol tienen interés social y los medios de comunicación tienen derecho a informar sobre los mismos. Ahora bien, el derecho a transmitir información, como acertadamente señala la parte recurrente, invocando la doctrina fijada en la *STC 220/1991*, es un derecho de libertad y no un derecho de prestación que imponga obligaciones a entidades privadas, por lo que ha de cuestionarse si la previsión legal que impone a los clubs de fútbol la obligación de permitir a las emisoras de radio el acceso a los estadios para la retransmisión en directo, gratuita e íntegra de eventos deportivos privados, impidiendo, en consecuencia, la comercialización de los derechos de retransmisión sobre los eventos deportivos por ellos organizados integra el contenido esencial del derecho de información.

Al mismo tiempo, es preciso establecer si el precepto cuestionado supera el juicio de proporcionalidad, dado que el acceso y difusión de la información relativa al evento deportivo puede satisfacerse poniendo a disposición del público un conocimiento mínimo de lo acaecido en él, o, en general, adoptando otro tipo de medidas que permitan compatibilizar el derecho de información con la explotación de los derechos de retransmisión que ostentan sus titulares. De hecho, en el ámbito de las retransmisiones televisivas se compatibiliza la comercialización en exclusiva con el derecho de información de los restantes operadores, permitiéndoles la emisión de un breve resumen informativo que podrá utilizarse únicamente para programas de información general, sin que por ello se haya considerado lesionado el derecho de información.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA :

Plantear cuestión de inconstitucionalidad del *art. 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual*, en la redacción dada por el Real Decreto Ley 15/2012 de 20 de abril, por su posible contradicción con el derecho de propiedad (*art. 30 CE*) y la libertad de empresa (*art. 38 CE*).

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

D. Eduardo Espin Templado D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Voto particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat al Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2018 (dictado en el recurso de casación 1126/2015), por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional al albergar dudas sobre la constitucionalidad del *artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual*, en la redacción introducida por el Real Decreto-ley 15/2012, de 20 de abril, de modificación del régimen de administración de la Corporación RTVE, previsto en la Ley 17/2006, de 5 de junio.

Debo mostrar, respetuosamente, mi discrepancia con el *Auto dictado por esta Sala de 17 de abril de 2018*, en cuanto, a mi juicio, no era necesario que esta Sala plantee ante el Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto de la validez constitucional del *artículo 19.4 de la Ley General de Comunicación Audiovisual*, por la posible vulneración de los *artículos 33 y 38 de la Constitución*, para resolver el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Liga Nacional de Fútbol Profesional contra la *sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2015*.

Mi discrepancia con lo acordado en el *Auto de 17 de abril de 2018* se sustenta en la exposición de las siguientes consideraciones jurídicas:

Primero.- Creo necesario, en primer término, exponer sucintamente cuáles fueron las razones jurídicas que justificaron la decisión de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de no plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual*.

La *sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2015 (cuyo pronunciamiento revisa esta Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo, en el marco del presente recurso de casación)*, sin previamente plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del *artículo 19.4 de la Ley General de Comunicación Audiovisual*, al no apreciar que dicha disposición legal incurriera en vicios formales o materiales de inconstitucionalidad, estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo formulado contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de noviembre de 2012, que resolvió 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 la Comunicación Audiovisual*, por el acceso de los servicios de comunicación audiovisual radiofónica a los estadios y recintos para retransmitir acontecimiento deportivos.

En el escrito procesal de demanda formalizado en el proceso de instancia, la defensa letrada de la Liga Nacional de Fútbol Profesional había solicitado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que declarase la inaplicación del *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual*, de acuerdo con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, así como que se declarase la nulidad del Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 29 de noviembre de 2012.

Con carácter subsidiario, postuló ante el Tribunal de instancia que planteara cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por infringir dicha

disposición legal los artículos 16, 17 y 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

También solicitó que, subsidiariamente al planteamiento de cuestión prejudicial, se planteara una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, debido a «la flagrante inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 15/2012 y del *artículo 19.4 de la LGCA*», basada en la vulneración de los *artículos 33 , 38 , 81 y 86 de la Constitución española* de 29 de diciembre de 1978.

El Tribunal de instancia rechazó expresamente que el *artículo 19.4 de la Ley General de Comunicación Audiovisual* fuera incompatible con el Derecho de la Unión Europea, tras un riguroso análisis de la regulación contenida en el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en diversas Resoluciones o Comunicaciones del Consejo Europeo, de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo, y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Se argumenta en la sentencia de instancia que «la Liga Nacional de Fútbol Profesional demandante tendría razones si lo que se enjuiciara en el proceso fuera una afectación a los derechos de retransmisión televisiva, es decir cuando nos encontramos ante la explotación de la imagen o, concretamente, imagen y sonido, pero no frente a la retransmisión radiofónica, al no encontrar norma europea alguna que ampare su pretensión».

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional también descartó que el *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* contradijera preceptos de la Constitución española de 1978, pues -según se razona-, el contenido de dicha disposición legal no difiere, sustancialmente, de la regulación contemplada en la anterior *Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos*, que tiene amparo en el *artículo 20* del Texto constitucional, tal como declaró el *Tribunal Constitucional* en la *sentencia de 5 de abril de 2006* que avaló la constitucionalidad de dicha norma.

Sentado lo anterior, la Sala de la Audiencia Nacional considera que procede resolver la controversia planteada, sin necesidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* , al no apreciar «la relevancia mínima necesaria para plantear dicha cuestión», ya que la decisión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones «no entra en conflicto con los derechos que se citan en la demanda».

Segundo.- Expuestos estos antecedentes, procede precisar cual es el alcance del debate casacional planteado por la Liga Nacional de Fútbol Profesional, que ha promovido que esta Sala jurisdiccional decidiera plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* .

En el recurso de casación, la Liga Nacional de Fútbol Profesional combate la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia formulando cuatro motivos de casación.

Articula dos motivos de casación en los que cuestiona directamente la decisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de no plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, aduciendo que la

sentencia impugnada «ha eludido y desconsiderado notoriamente el ordenamiento constitucional», pues ha infringido los *artículos 33 , 38 , 81 , 86.1 y 117.3 de la Constitución* , así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al reconocimiento de que los derechos radiofónicos son comercializables.

En el suplico del escrito de interposición del recurso de casación, se reitera la pretensión de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como que plantee cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional con relación al *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* .

La controversia jurídica que se suscita en este recurso de casación es, por tanto, la de resolver si el *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* , que reconoce el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica a acceder a los estadios y recintos para retransmitir en directo los acontecimientos deportivos, suscita dudas fundadas respecto de su constitucionalidad, que, por ser relevantes y ser determinantes para dictar el fallo, obliga a esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo a plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Tercero.- El supuesto enjuiciado en este recurso de casación tiene transcendencia constitucional, tal como aduce el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones.

Sin embargo, descarto que para dictar sentencia deba plantearse cuestión de inconstitucionalidad respecto de la posible inconstitucionalidad del *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* , puesto que no se me suscitan dudas de la constitucionalidad de dicha disposición legal, introducida por el Real Decreto-ley 15/2012, tanto desde la perspectiva formal como desde el punto de vista sustantivo o material, en la medida que considero, como luego expondré con mayor detenimiento, que no es contrario ni al derecho de propiedad ni al derecho a la libertad de empresa, proclamados, respectivamente, en los *artículos 33 y 38 de la Constitución* .

El controvertido *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* , en la redacción introducida por el citado Real Decreto-ley 15/2012, dispone que: «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» y que «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».

Cuarto.- Por razones estrictamente formales, considero que no procede plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* , en la medida que existe un precedente doctrinal del Tribunal Constitucional lo suficientemente claro que permite solventar las eventuales dudas de inconstitucionalidad que pudiera suscitar dicho precepto legal, que regula el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónico de acceder libremente a los estadios y recintos para retransmitir en directo, y sin limitación temporal, los acontecimientos deportivos que tengan lugar en los mismos, a

cambio de una compensación económica equivalente a los gastos generados por el ejercicio de tal derecho.

Cabe subrayar que, según lo dispuesto en el *artículo 163 de la Constitución* y en el *artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, un órgano judicial debe plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución.

La cuestión de inconstitucionalidad no es una acción prevista en la Constitución para impugnar de modo directo y con carácter abstracto la validez de una ley, sino un instrumento puesto a disposición de los órganos judiciales para conciliar la doble obligación que tienen de actuar sometidos a la Ley y a la Constitución.

Al respecto, cabe recordar que, conforme a una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, resulta pertinente plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional cuando concorra el presupuesto de procedibilidad consistente en la existencia de un nexo de subordinación entre la validez de la norma y el fallo del proceso, cuya relevancia deberá exponerse de forma rigurosamente fundamentada en el Auto de planteamiento de inconstitucionalidad (*STC 15/2017, de 21 de diciembre*).

Se exige, además, que el planteamiento acerca de la presunta invalidez de la norma con rango legal aplicable tenga una fundamentación jurídicamente precisa y sólida debidamente fundada en términos de sustentar la incompatibilidad o contradicción con la Constitución (*STC 64/2003, de 27 de marzo*).

No cabe plantear cuestión de inconstitucionalidad, entre otros supuestos, respecto de un precepto legal cuya conformidad al Texto constitucional haya sido ya declarada por el Tribunal Constitucional resolviendo procesos de inconstitucionalidad formulados con base en la alegación de los mismos motivos de inconstitucionalidad, o cuando resulte patente que es posible efectuar una interpretación de la disposición legal controvertida conforme al texto constitucional, en cuanto esta labor hermenéutica corresponde también a los tribunales de justicia, según lo dispuesto en el *artículo 117.3 de la Constitución*, pues el Tribunal Constitucional tiene atribuida la competencia en exclusiva de expulsar del ordenamiento jurídico las normas inconstitucionales, asumiendo la posición de legislador negativo (*STS 48/2017, de 27 de abril*).

Por ello, en el mismo sentido que resolvió la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la *Audiencia Nacional en la sentencia impugnada de 28 de enero de 2015*, sostengo que no era necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto de la validez del *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual*, una vez que el *Tribunal Constitucional, en la sentencia 112/2006, de 5 de abril de 2006*, enjuiciando una previsión normativa análoga contenida en la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de la Emisiones y Retransmisiones de Competiciones y Acontecimientos Deportivos, había declarado que esta previsión legal tiene amparo y cobertura en el derecho a comunicar y a recibir información del *artículo 20.1 d) de la Constitución española de 1978*.

Cabe subrayar que en la mencionada sentencia constitucional 112/2006, se reconoce las facultades que el legislador democrático tiene «para reforzar la presencia de los intereses sociales», que le habilitan para limitar de forma proporcionada el uso

legítimo de las facultades dominicales de los propietarios de los derechos de retransmisión de acontecimientos deportivos, imponiendo pautas de actuación que no afecten al contenido esencial del derecho de propiedad, así como para establecer restricciones a la libertad de contratación o a la libertad de organización inherentes a la libertad de empresa, que, en el supuesto enjuiciado, están amparadas en el derecho a comunicar o recabar libremente información veraz por cualquier modo de difusión que garantiza el *artículo 20.1 d) de la Constitución* .

En la fundamentación jurídica de esta sentencia constitucional, el Tribunal Constitucional formula una directriz hermenéutica que resulta aplicable para resolver los eventuales conflictos que pudieran suscitarse entre la libertad de información, el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de empresa, en relación con la difusión de los espectáculos y acontecimientos deportivos por los medios de comunicación, en éstos términos:

« [...] De acuerdo con estas directrices, el objetivo del artículo recurrido de asegurar que todos los ciudadanos tengan acceso a determinados acontecimientos deportivos que se consideren de interés general difícilmente puede considerarse contradictorio con el derecho a recibir información, como tampoco lo es el de que la competencia entre los operadores para llevar a cabo las emisiones sea todo lo abierta posible. Igualmente justificado puede entenderse el límite que se establece en relación con los operadores que actúan en la modalidad de pago por consumo, ya que el interés general de la competición o acontecimiento deportivo constituye fundamento suficiente para, con el fin de asegurar y potenciar la vertiente del derecho consistente en recibir libremente información, prever modulaciones de los derechos de aquéllos a comunicar información.

Por otra parte hay que tener presente que la propia Ley recurrida, en especial, en su art. 2.2 no impugnado, adopta medidas tendentes precisamente a garantizar un correcto ejercicio del derecho a la información por parte de los distintos medios de comunicación. » .

Quinto.- Debo, asimismo, señalar que a mi juicio, resulta infundado el reproche que en el escrito de interposición del recurso de casación, formula la defensa letrada de la Liga Nacional de Fútbol Profesional a la sentencia impugnada, por eludir el debate constitucional y haber incumplido la obligación de vinculación a la Constitución que le viene impuesta en el ejercicio de la potestad jurisdiccional por el *artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* (lo que suscita como base jurídica de carácter procesal para solicitar el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad).

Cabe señalar, al respecto, que *esta Sala ha recordado, en sentencias de 28 de enero de 2002 (recurso 9311/1997), 2 de junio de 2009 (recurso 3298/2007) y 21 de febrero de 2012 (recurso 1826/2010), que el Tribunal Constitucional ha declarado repetidamente (STC 32/2001 , 130/1994 , y las que en ellas se citan), que "el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva de los órganos judiciales, puesto que el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no obliga al órgano judicial a plantear la cuestión cuando lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el Juez o Tribunal considere que la norma de cuya validez depende el fallo a adoptar pueda ser contraria a la Constitución. El citado precepto no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 163 de la Constitución , sino únicamente la facultad de instarlo ante los órganos judiciales, a cuyo único criterio, sin embargo, la Constitución ha confiado el efectivo*

planteamiento de aquélla cuando, de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deben resolver" .

Debe, asimismo, ponerse de relieve la doctrina constante de esta Sala, recogida en las sentencias ya citadas de 2 de junio de 2009 y 21 de febrero de 2012 , y en otras, así las sentencias de 21 de septiembre de 2005 (recurso 1839/2003), 23 de junio de 2011 (recurso 4532/2007), 21 de junio de 2012 (recurso 4628/2007) y 12 de noviembre de 2012 (recurso 5611/2009), que considera que "no puede fundarse un recurso de casación en la impugnación de la decisión de los Tribunales de instancia en torno a la procedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad a que se refiere el artículo 35 de la LO 2/79 , ya que ello no constituye una obligación, sino una prerrogativa exclusiva de los órganos judiciales, de la cual ha de hacerse uso con moderación y solamente en aquellos casos en que dichos órganos lo consideren justificado. Esa misma doctrina hace inviable cualquier pretensión de impugnación de la decisión adoptada en la instancia en relación con el planteamiento de la cuestión (Sentencias de 28 de enero y 20 de octubre de 2004, y muchas otras)". Añadiendo a continuación que: "Evidentemente eso no significa negar la facultad del Tribunal sentenciador de acordar conforme al artículo 35 ya citado siempre que lo considere procedente; pero es igualmente constante la doctrina jurisprudencial que recuerda la conveniencia de que para hacerlo así existan «motivos sólidos», o «indicios que con gran vehemencia apunten hacia una contradicción de la Ley con inequívocos mandatos constitucionales» (Sentencias de 4 y 22 de marzo de 2003), sin que baste la alegación de una simple discrepancia normativa" .

Sexto.- Desde una perspectiva material, discrepo del juicio que se formula en el Auto de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad acerca de la posible contradicción del artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual con los artículos 33 y 38 de la Constitución .

El Auto de esta Sala de 17 abril de 2018 considera pertinente el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad acerca del artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual , porque alberga dudas de que una previsión legal como la cuestionada «puede quedar amparada y ser proporcional con el derecho a comunicar y recibir información, en cuanto éste no exige una retransmisión en directo e íntegra del evento deportivo, sino que puede satisfacerse con otro tipo de medidas que permitan compatibilizar el derecho de información como la explotación de los derechos de retransmisión que ostentan sus titulares, como acontece en las retransmisiones televisivas».

Sostengo, por el contrario, que la medida adoptada por el legislador de urgencia, consistente en facilitar el acceso libre a los estadios y recintos deportivos a los prestadores de comunicación audiovisual radiofónicos para retransmitir en directo, y sin interrupciones temporales, acontecimientos de dicha índole, no constituye una injerencia ilegítima e injustificada en el derecho de propiedad garantizado por el artículo 33 de la Constitución , porque el contenido de este derecho está delimitado por la función social de acuerdo con las leyes.

En este sentido, debo poner de relieve que no comparto la tesis argumental que desarrolla la Liga Nacional de Fútbol Profesional respecto de que la aplicación del artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual supone no sólo la privación total de un bien y derecho con contenido patrimonial sin indemnización, al impedir la comercialización de los derechos radiofónicos de los que es titular la Liga Nacional de Fútbol Profesional y los Clubs de Fútbol a ella afiliados, imponiéndoles a

su vez el gravamen de destinar parte de sus instalaciones a la instalación de cabinas.

Observo que en este planteamiento subyace una visión extremadamente iusprivatista de los eventos deportivos, que sobredimensiona la vertiente de actividad económica empresarial, y que elude la dimensión cultural y social que caracteriza los espectáculos públicos de carácter deportivo.

Parece ignorarse que la difusión de los eventos deportivos constituye un potente instrumento de transmisión de valores ético-sociales en la sociedad, y, particularmente, entre los más jóvenes, referidos al respeto mutuo y a la tolerancia, que favorecen la convivencia democrática.

Singularmente, la práctica del fútbol se asocia, desde sus orígenes históricos, al desarrollo de valores humanos englobados en la cultura del esfuerzo, la competitividad y la disciplina y el fomento de la lealtad, el compañerismo y la amistad grupal.

La difusión radiofónica de los acontecimientos deportivos, y, singularmente, del fútbol, tiene una clara función educativa, pues pone en valor la idea de que cabe conciliar la pertenencia a un determinado club y la defensa incondicional de sus colores distintivos, con el respeto a las reglas de juego, entre las que se incluye de forma preeminente el «fair play» o juego limpio.

En este contexto, estimo que la obligación que se impone a los propietarios de los estadios o recintos deportivos de garantizar el ejercicio del derecho de información en este concreto ámbito de las emisiones audiovisuales radiofónicas, no se revela arbitraria ni desproporcionada, al estar justificada por razones imperiosas de interés social, pues persigue el objetivo legítimo de salvaguardar bienes e intereses públicos garantizados por la Constitución, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al ocio y el fomento de la educación física y el deporte (*artículos 27 y 43 CE*).

La modificación del *artículo 19 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual*, por el Real Decreto-ley 15/2012, ha tratado de hacer compatibles los derechos de los informadores deportivos, que presten servicios de comunicación audiovisual a través de las emisoras de radio y, por ende, los derechos de los espectadores y aficionados a recibir información veraz, con los derechos de explotación de las retransmisiones radiofónicas de los partidos de fútbol.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 15/2012 justifica de este modo la decisión adoptada:

« [...] Por otro lado, se hace necesario modificar la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual al objeto de poner fin al conflicto suscitado en relación con el acceso de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica a los estadios y recintos para poder retransmitir en directo acontecimientos deportivos, garantizando, de este modo, el ejercicio del derecho fundamental a comunicar información.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, regula en la sección 3.^a del capítulo II del título II, la contratación en exclusiva de la emisión por televisión de contenidos audiovisuales, con el objeto de proteger el derecho fundamental a la información y garantizar la plena y adecuada protección de

los intereses de los espectadores. No obstante, la Ley únicamente regula la emisión de contenidos audiovisuales a través de la televisión sin hacer mención alguna a la radiodifusión sonora.

La retransmisión de acontecimientos deportivos llevada a cabo por prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónica constituye una clara manifestación del derecho a comunicar y recibir información reconocido en el *artículo 20.1.d) de la Constitución Española*.

El Parlamento Europeo en su reciente Informe sobre la dimensión europea en el deporte de noviembre de 2011, reconoce el derecho de los periodistas a acceder a los acontecimientos deportivos organizados de interés público y a informar sobre ellos con el fin de salvaguardar el derecho del público a obtener y recibir noticias e información independientes sobre este tipo de acontecimientos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario que la legislación audiovisual reconozca expresamente el derecho de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual radiofónica a comunicar información sobre acontecimientos deportivos y de este modo proteger el derecho a la información de todos los ciudadanos como derecho prioritario, tal y como se señala en la exposición de motivos de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Para poder ejercitar este derecho es necesario establecer la libertad de acceso a los espacios o recintos en los que se celebren los acontecimientos deportivos por parte de los operadores radiofónicos.

Por este motivo, se lleva a cabo una modificación del *artículo 19 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* para 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.

No obstante lo anterior, 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.

Las partes fijarán, de común acuerdo, la cuantía de la contraprestación. En caso de desacuerdo sobre dicha cuantía, corresponderá a la autoridad audiovisual competente, actualmente la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, resolver el conflicto mediante resolución vinculante, previa solicitud de alguna de las partes y audiencia de las mismas. » .

Estimo que esta restricción legal se adopta por el legislador de urgencia tras una equilibrada ponderación de los derechos e intereses públicos y privados en juego, dando prevalencia al derecho del público a recibir información frente al derecho de propiedad y la libertad de empresa.

El «sacrificio» impuesto a los propietarios de los estadios de fútbol no resulta desproporcionado en relación con los objetivos de interés general que persigue la norma cuestionada.

Se revela adecuado para establecer un justo equilibrio entre los derechos en conflicto y no supone una ablación absoluta del derecho de propiedad, al prever una compensación económica equitativa por facilitar el acceso de los periodistas radiofónicos a las cabinas de retransmisión en aras de asegurar el correcto mantenimiento de las instalaciones.

En este sentido, no resulta adecuado avalar el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de la validez del *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual*, con el argumento, tal como defiende la Liga Nacional de Fútbol Profesional, de que el legislador carece de facultades constitucionales para interpretar los derechos fundamentales y que, por tanto, no está habilitado para regular que la retransmisión radiofónica en directo de espectáculos deportivos porque no tiene cobertura en la libertad de información.

No comparto la tesis de que el *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* «no es una norma legal válida para la afectación de derechos constitucionales», porque el legislador -según se afirma en el Auto- no puede imponer obligaciones a entidades privadas con el amparo de la libertad de información, al tratarse de un derecho de libertad y no de un derecho de prestación.

Sostengo, por el contrario, que el legislador de urgencia ha realizado un ejercicio legítimo de sus facultades de regulación de acontecimientos deportivos en aras de impedir eventuales abusos que se pudieran derivar de una excesiva mercantilización de la actividad deportiva relativa al fútbol profesional, pues parte del reconocimiento del protagonismo que tienen las retransmisiones radiofónicas de los eventos deportivos en la conformación de la opinión pública en el ámbito particular del fútbol, que, como fenómeno de masas trasciende a esferas de la vida económica, política, cultural y social.

Asimismo, considero que tampoco suscita dudas la validez constitucionalidad del *artículo 19.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual* que se cuestiona, por infringir el derecho a la libertad de empresa, pues no comparto la tesis que se propugna por la parte recurrente y que se acoge en el Auto de esta Sala respecto de que dicho precepto elimina las facultades básicas inherentes a la titularidad de dicho derecho.

En este sentido, debo precisar que no aprecio que proceda el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de la previsión contenida en el *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* por ser desproporcionada, desde la perspectiva de la libertad de empresa, por no garantizar -según se aduce- suficientemente los derechos audiovisuales de contenido patrimonial afectados, pues, siguiendo los criterios expuestos por el *Tribunal Constitucional en la sentencia 35/2016, de 3 de marzo*, estimo que el fin perseguido por la restricción legal es constitucionalmente legítimo y la medida es adecuada para la consecución de ese objetivo.

Un juicio ponderado de los derechos en conflicto (libertad de información y libertad de empresa) no puede eludir los importantes beneficios económicos intangibles que obtienen la Liga Nacional de Fútbol Profesional y los clubs asociados por la retransmisión radiofónica de los partidos de fútbol correspondientes a las competiciones oficiales, merced al reconocido trabajo profesional de los periodistas de los medios de comunicación acreditados, que contribuyen de forma decisiva a la

promoción y difusión de dichos eventos deportivos entre la masa social y los espectadores y aficionados que, como es notorio, abre oportunidades de negocio en mercados conexos al estrictamente deportivo.

En suma, estimo que el *artículo 19.4 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual* supera el juicio de constitucionalidad exigible, desde la perspectiva de su confrontación con los *artículos 33 y 38 de la Constitución*, y que, por ello, no debe plantearse cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

José M. Bandrés Sánchez Cruzat