

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, Sección 3.ª), de 27 de noviembre de 2012 (ROJ STS 8036/2012)

Asignación de canales - Televisión Digital Terrestre

El asentamiento de la televisión digital en España no ha sido brillante en términos de rapidez, cobertura, ni pacífico, en términos de litigiosidad. La conflictividad arranca de una previa situación, poco clara, en la que la «provisionalidad» del derecho que amparaba ciertas emisiones era la nota dominante. A todo ello se sumó la aprobación de la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual, de 31 de marzo, que pretendía ordenar el sector sobre principios liberales (sustituyendo la anterior concesión para operar canales de televisión por una licencia que habría de obtenerse por concurso), no sin antes haber introducido nuevas cadenas (Cuatro y la Sexta) a *conveniencia de príncipes*.

La previa STS de igual Sala de 2 de junio de 2009 había ratificado la legalidad del RD 944/2005, que, juntamente con el RD 365/2010, constituían el marco del proceso de transición hacia la televisión digital tras el cese de las emisiones analógicas. El primero de tales Reales Decretos establecía la asignación, por el Consejo de Ministros, de un múltiple digital (cuatro canales) a cada uno de los concesionarios previos, ampliando así el contenido del título habilitante inicial.

En este marco, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 *asigna un múltiple digital* de cobertura estatal a sociedades concesionarias que han devenido en sociedades licenciatarias de canales de televisión, por obra de la Ley 7/2010. Antes de dicho acuerdo, las ahora licenciatarias disponían de 7 canales; tras el acuerdo pasaron a disponer de 24 canales, agotando así las provisiones del Plan Técnico de la Televisión Digital Terrenal, para la cobertura estatal.

Con ello, la declaración del artículo 22.3 de la Ley General de Comunicación Audiovisual (con vigencia desde el 1 de mayo) de que las licencias para operar un canal debían obtenerse mediante concurso quedaba *en el aire*.

Una sociedad del sector, interesada en constituirse en licenciataria de un canal de la nueva TDT, insatisfecha con tal resultado, impugna el citado Acuerdo del Consejo de Ministros.

Entre los argumentos del recurrente, destaca la cita de la STJUE de 31 de enero de 2008, *Centro Europeo 7 Srl*, C-380/05, decisiva, en el fondo, aunque la Sala no lo reconozca expresamente. La problemática de las intervenciones sucesivas llevadas a cabo por el Legislador nacional, reservando licencias en favor de los operadores establecidos, que impedían la incorporación de nuevos licenciatarios por agotamiento del espectro disponible, abordada en aquella sentencia, fue después objeto de consideración del TEDH, terminando el Consejo de Estado italiano por reconocer al recurrente una indemnización de diez millones de euros. En nuestra monografía *Régimen jurídico del dominio público radioeléctrico* (Granada: Comares, 2010) anticipábamos la importancia del fallo.

Tras recordar la anterior sentencia de la propia Sala sobre el Real Decreto 944/2005, la Sala falla aplicando, estrictamente, el principio de sucesión normativa:

«... el Acuerdo impugnado, cuyo objeto es precisamente la asignación a las antiguas concesionarias (ahora ya licenciatarias por aplicación de la Ley General de la Comunicación Audiovisual) del múltiple digital previsto en los dos Reales Decretos, constituye, en puridad, un acto de aplicación de los mismos. Con posterioridad entra en vigor la Ley General de Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010, de 31 de marzo, publicada el 1 de abril y cuya entrada en vigor se produce un mes después –disposición final octava–, esto es, el 1 de mayo).

En consecuencia y como es evidente, la Ley deroga todas las normas de igual o inferior rango anteriores a su entrada en vigor que se opongan a ella y su cláusula derogatoria, aparte de mencionar su carácter general, enumera explícitamente una serie de normas que quedan derogadas, aunque se limita a las de rango legal... Pues bien, la Ley General de la Comunicación Audiovisual supone, como argumenta la actora, una importante transformación del panorama audiovisual en un sentido liberalizador, pasando de un sistema concesional a un sistema de libertad, sólo limitado por razones técnicas en el caso de la utilización del espectro radioeléctrico por ondas hertzianas... En lo que ahora importa, la emisión de la televisión digital terrestre afecta precisamente al uso del espacio radioeléctrico mediante ondas hertzianas y, por tanto, el nuevo régimen supone que la emisión requiere la obtención de licencias previa mediante concurso. Lo cual implica la transformación de las antiguas concesiones en licencias a partir del reconocimiento de los derechos existentes a la entrada en vigor de la Ley.

Queda por dilucidar... lo que ocurre con la expectativa de derechos derivada de las previsiones ya comentadas de los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010 de asignación directa, sin mediar un régimen de concurso público, a las antiguas sociedades concesionarias de un múltiple digital de televisión digital terrestre con capacidad para cuatro canales. *La exigencia de licencia previa para la prestación de servicios de comunicación audiovisual mediante ondas hertzianas, así como la obligatoriedad de que dicha licencia se otorgue mediante concurso, es incontestable e incondicionada, pues así lo establece taxativamente el citado apartado 3 del artículo 22 de la Ley. Pues bien, una previsión legal explícita y general como la citada supone, en principio, la derogación de una previsión reglamentaria previa que choca frontalmente con la exigencia de concurso para la atribución de licencias para la prestación de los citados servicios de comunicación audiovisual. Tanto más cuanto que la referida previsión legal está contenida en el marco de una transformación radical de la regulación del sector, lo que hace más inviable –de nuevo, en principio– el mantenimiento de previsiones contrarias de base exclusivamente reglamentaria y que se insertan en un sistema anterior y profundamente modificado por una Ley. Dicha conclusión, ineluctable desde el punto de vista de la sucesión normativa, sólo podría ser enervada por una expresa previsión transitoria de la propia Ley reguladora del sector que mantuviese la vigencia transitoria de las situaciones relativas a los derechos anteriores a la misma... En cuanto a la disposición transitoria segunda, que se refiere a los derechos sobre comunicación audiovisual por ondas hertzianas terrestres anteriores a la Ley, transforma las concesiones para la gestión indirecta de lo que en su momento era el servicio público de radio o televisión, en licencias, a solicitud de sus titulares y dentro del plazo otorgado al efecto (apartados 1 y 2). Esta previsión supone la conservación del contenido concesional para cada sociedad concesionaria vigente según la regulación legal anterior en el momento de entrada en vigor de la Ley. Esto implica, a la vista de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley sobre el régimen jurídico de las licencias audiovisuales, que las licencias de las concesionarias que hubieren solicitado dicha transformación (todas, según se indica en el propio Acuerdo del Consejo de Ministros que se impugna) deberán concretar el número de canales comprendidos en la licencia, que serán aquellos a que tuvieron derecho de acuerdo con la regulación legal anterior y según los términos*

de las concesiones existentes en el momento de entrada en vigor de la Ley. Pero, desde luego, no incluye los canales adicionales que resultasen de la asignación de un múltiple digital previsto por los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010. Lo anterior conduce a la estimación del recurso y a la anulación del Acuerdo del Consejo de Ministros por no ser conforme a derecho, ya que resulta contraria a la Ley General de la Comunicación Audiovisual la asignación a las antiguas concesionarias de múltiples digitales con capacidad de cuatro canales en la medida que implica la atribución de canales adicionales sin la realización de concurso público».

Los canales correspondientes a los múltiples digitales otorgados a los previos concesionarios de televisión analógica quedan a expensas de la ejecución del fallo, que implica reacomodar el número de canales que se les reconoce, sin concurso, como resultado del derecho a la transformación de la anterior concesión. Por otra parte, las exigencias del derecho comunitario, la necesidad de poner en valor ya el dividendo digital obtenido con el apagón analógico, las nuevas redes a desplegar en el espectro liberado obligan a plantearse si, de nuevo, no estaremos en un comienzo.

MARCOS M. FERNANDO PABLO
*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca*