



Roj: **STS 4862/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4862**

Id Cendoj: **28079130032014100299**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **04/11/2014**

Nº de Recurso: **2918/1998**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO ESPIN TEMPLADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a cuatro de Noviembre de dos mil catorce.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2.918/1.998, interpuesto por PROCONO, S.L., representada por el Procurador D. Luciano Rosch Nadal, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 3 de febrero de 1.998 en el recurso contencioso-administrativo número 369/1.997, sobre convocatoria de concurso público para la adjudicación de una concesión para la prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Sevilla.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 3 de febrero de 1.998, desestimatoria del recurso promovido por Procono, S.L. contra la Orden del Ministerio de Fomento de 8 de abril de 1.997, por la que se dispone la publicación del pliego de bases administrativas y de condiciones técnicas y se convoca el concurso público para la adjudicación, mediante procedimiento abierto, de una concesión para la prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Sevilla, así como contra el pliego de condiciones administrativas y condiciones técnicas que ha de regirlo, aprobado por Orden de 28 de febrero de 1.997.

**SEGUNDO** .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 25 de febrero de 1.998, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO** .- Emplazadas las partes, la representación procesal de Procono, S.L. ha comparecido en forma en fecha 7 de abril de 1.998, mediante escrito por el que interpone el recurso de casación al amparo del apartado 1.4º del artículo 95 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1.956 -tras su reforma por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal-, articulado en los siguientes motivos:

- 1º, por infracción de los artículos 9.2, 9.3, 53.1 y 38 de la Constitución, así como de la jurisprudencia, y
- 2º, por infracción del artículo 7 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las telecomunicaciones por cable, y de los artículos 14, 20 y 38 de la Constitución.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se case y revoque la recurrida, dejándola sin efecto y declarando la nulidad o anulando los apartados 4 y 5 del Anexo I de la Orden del Ministerio de Fomento de 8 de abril de 1.997, en cuanto exigen una inversión mínima de diez mil millones de pesetas y



una fianza de doscientos millones de pesetas, y de la base 5 del pliego de las condiciones administrativas y condiciones técnicas -contenida en el Anexo II-, en cuanto exige un capital mínimo de mil millones de pesetas, y que asimismo declare la nulidad de la Orden de 8 de abril de 1.997 en cuanto convoca un solo concurso público para la demarcación de Sevilla. Solicita el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad relativa a si permitir sólo una televisión por cable por demarcación territorial resulta contrario a los artículos 9.2 , 9.3 , 20 , 38 y 53.1 de la Constitución .

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 18 de febrero de 1.999.

**CUARTO** .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al mismo, confirmando la recurrida, y con ello los actos administrativos impugnados, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

**QUINTO** .- Señalado el día 24 de septiembre de 2.003 para la deliberación y fallo del recurso y tras oír a las partes, se acordó plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 1.1 y concordantes de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable , en cuanto que de ellos se deriva la calificación como servicio público de la televisión local por cable, y sobre el artículo 6.1 de la misma norma , en cuanto que limita a una el número de concesiones a otorgar en cada demarcación territorial, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley.

Resuelta dicha cuestión de inconstitucionalidad (2.155-2.004) por sentencia de 8 de mayo de 2.014 , que desestima la cuestión, se ha dado traslado de la misma a las partes para que formularan alegaciones en cuanto a la misma, habiendo presentado tanto la recurrente como el representante de la Administración sendos escritos.

**SEXTO** .- Por providencia de fecha 16 de junio de 2.014 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 21 de octubre de 2.014, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- Objeto y planteamiento del recurso.

La entidad mercantil Procono, S.L., impugna en casación la Sentencia dictada el 3 de febrero de 1.998 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional. La citada Sentencia desestimó el recurso contencioso administrativo entablado por la citada sociedad contra las órdenes de 28 de febrero y 8 de abril de 1.997, por las que se aprobaba el pliego de bases técnicas y administrativas para el concurso de una concesión del servicio de telecomunicaciones por cable en la demarcación de Sevilla y se convocaba el referido concurso.

El recurso se articula mediante dos motivos, ambos amparadas en el apartado 1.4º del artículo 95 del texto entonces en vigor de la Ley Jurisdiccional , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia. En el primer motivo se aduce la infracción de los artículos 9.2 y 3 , 53.1 y 38 de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional que se cita, por entender que se habrían vulnerado las libertades de expresión y comunicación, así como la de empresa, garantizadas por la Constitución. En el segundo motivo se aduce la infracción del artículo 7 de la Ley de las Telecomunicaciones por Cable (Ley 42/1995, de 22 de diciembre) y de los artículos 14 , 20 y 28 de la Constitución , como consecuencia de la exigencia de inversiones desproporcionadas para la adjudicación de la concesión litigiosa.

**SEGUNDO** .- Sobre los fundamentos de la Sentencia impugnada.

La Sentencia recurrida fundaba la desestimación del recurso en las siguientes razones jurídicas:

" **PRIMERO**.- Son objeto de impugnación en la presente "litis" sendas Ordenes del Ministerio de Fomento de fecha 28 de Febrero y 8 de Abril de 1.997, por las que se aprueba el pliego de condiciones técnicas y administrativas y se convoca concurso público de Telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Sevilla.

Los motivos del recurso se centran, sustancialmente, en la nulidad del concurso convocado por infracción de los artículos 9.2 º y 3 º , 20 , 53.1 º y 38 de la Constitución , siendo inconstitucional la Ley 42/1995, en la consideración de que la inversión prevista en la resolución recurrida resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 7 de la referida Ley y constituye una limitación a los derechos reconocidos en los artículos 14 , 20 y 38 de la Constitución , y, por último, en que procede dejar sin efecto la Base 5 del pliego de bases administrativas y condiciones técnicas del concurso por limitar los derechos contenidos en los artículos 14 , 20 y 38 de la Constitución , siendo inaplicable el artículo 123 del Real Decreto 2066/1996 . En conclusión, solicita el actor



que se declare la nulidad de los actos impugnados y se plantee cuestión de inconstitucionalidad en relación con el artículo 6.1 de la Ley 42/92 .

**SEGUNDO.-** Conviene, en primer término, hacer énfasis en la doctrina ya consolidada del Tribunal Constitucional -sentencias 31/994, 4/1994, 98/1994, 240/1994, 281/1994, 307/1994, 12/1995 y 47/1996 - en la que se precisa que la televisión puede configurarse como un servicios público, cualquiera que sea la técnica empleada y el alcance de la emisión -lo que incluye la televisión por cable-, y los derechos a comunicar libremente los pensamientos y la información pueden resultar limitados en favor de otros derechos, pero lo que no puede hacer el legislador es diferir "sine die", más allá de todo tiempo razonable y sin razones que lo justifiquen, la regulación de una actividad como es la gestión indirecta de la televisión local por cable, pues ello afecta directamente al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1.a ) y d) de la Constitución Española, por lo que, en tanto no se aprobase una Ley reguladora -en el supuesto de autos ya existe esa norma, la Ley 42/1995, de 22 de Diciembre- no puede sujetarse a concesión o autorización el ejercicio de la actividad de emisión de la televisión local por cable, pues ello significa en la práctica el total desconocimiento de los aludidos derechos fundamentales (libertades de expresión y de comunicación).

Pues bien, proclama el preámbulo de la Ley 42/95 que el servicio de telecomunicaciones por cable es un servicio público de titularidad estatal de acuerdo con el principio general que enuncia la Ley de Ordenación de las telecomunicaciones, concepción que el Tribunal Constitucional considera, como queda dicho, tan plenamente acomodada al ordenamiento como la que derivada de una eventual liberalización total sólo exigiera autorización general o licencia individual, cual parece ser el criterio del proyecto de Ley General de Telecomunicaciones que, en su caso, derogará la Ley vigente, de tal suerte que la Sentencia 31/994 - lógicamente anterior a la Ley 42/1995- llega a explicitar que una futura Ley podrá "sujetar a concesión o autorización administrativa" el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, sin que, finalmente, la Ley 12/1997, de 24 de Abril, de liberalización de las telecomunicaciones, que acomoda la legislación española a la normativa comunitaria europea, haya modificado sustancialmente la Ley 42/1995 en los aspectos objeto de análisis, estableciéndose en el párrafo segundo de su Disposición Transitoria Primera que los titulares de las redes de televisión por cable incluidos en el régimen de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 42/1995, podrán solicitar del Ministerio de Fomento, en el plazo de dos meses, acogerse a los beneficios recogidos en párrafo anterior (participación en el primer concurso que se convoque y, en su caso, derecho a obtener una concesión especial y no renovable), regulación que precisamente vela por la salvaguardia de los principios de libre competencia, transparencia e igualdad de trato a que propende la normativa comunitaria y que, claro está, no empece a una mayor liberalización en la materia en el momento en que se trasponga totalmente la normativa europea.

**TERCERO.-** De otra parte, y ya en relación con el concurso público a que las actuaciones se refieren, ha de convenirse con el representante de la Administración, en que lógicamente se inscribe en la regulación contemplada en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas, evidencia sobre la que en ningún momento el actor formula objeción alguna, siendo así que la propia Base 5 del concurso se remite a los artículos 15 y siguientes de la Ley 13/1995 en cuanto a las exigencias de capacidad para presentar ofertas, remisión plenamente acomodada a derecho y que se cohonesto con el artículo 6 de la Ley 42/95 - norma que, como quedó dicho, no conculca la norma fundamental- en el que se determinan los requisitos para la concesión del servicio y, a su vez, dispone que se verificará de acuerdo con lo previsto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En consecuencia, los actos administrativos dimanen de un bloque normativo -Ley 13/1995, Ley 42/1995 y Real Decreto 2.066/1996 que desarrolla la anterior y establece en su artículo 12 un capital social mínimo- cuyo régimen jurídico no conculca, en el sentido razonado, la ley de leyes, consideración que respalda el rechazo íntegro de las alegaciones del demandante y, por ende, su "petitum" relativo a un planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, por lo que la Sala es de criterio que procede desestimar el recurso jurisdiccional ahora deducido." (fundamentos de derecho primero a tercero)

**TERCERO .-** Sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Tal como se ha indicado en los antecedentes, tras la pertinente consulta a las partes y mediante Auto de 10 de marzo de 2.004, la Sala decidió plantear cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional sobre los siguientes artículos de la referida Ley 42/1995, de Telecomunicaciones por Cable:

- el artículo 1.1 y concordantes, en cuanto que de ellos se deriva la calificación como servicio público de la televisión local por cable, y
- el artículo 6.1, en cuanto que limita a una el número de concesiones a otorgar en cada demarcación territorial, sin perjuicio de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Ley.



Con fecha de 8 de mayo de 2.014 el Tribunal Constitucional dictó Sentencia desestimatoria de la cuestión planteada. Dado trámite de alegaciones a las partes para que manifestaran lo que a su derecho conviniera, la mercantil recurrente manifestó que aunque gracias a la evolución legislativa ha logrado obtener los títulos habilitantes necesarios para la actividad de televisión por cable, además de otras actividades de telecomunicaciones, ello no había privado de objeto al recurso. En efecto, explica la recurrente que como consecuencia del concurso convocado por las órdenes impugnadas se le denegaron las concesiones especiales para continuar en el ejercicio de la actividad y se le impuso una sanción de diez millones de pesetas y la clausura de las instalaciones; dicha sanción se encuentra recurrida en casación y de prosperar el presente recurso resultaría privada de fundamento, pues quedarían sin efecto las órdenes ministeriales impugnadas y la posterior adjudicación de la concesión, con lo que la recurrente habría estado habilitada para proseguir las emisiones.

El Abogado del Estado considera que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional procede desestimar el recurso de casación.

**TERCERO** .- Sobre el motivo relativo a las libertades de expresión e información y a la libertad de empresa.

La Sentencia del Tribunal Constitucional ha descartado que las previsiones legales en las que se basaban las órdenes impugnadas en la instancia sean contrarias a la Constitución tal como se explica en los fundamentos de derecho 5 y 6 de la misma:

"5. Partiendo, entonces, de la premisa de que la creación de medios de comunicación comprendida en el ámbito del art. 20 CE admite su limitación o modulación es al legislador a quien corresponde decidir cuál es la técnica regulatoria idónea al fin perseguido y en qué extensión o con qué intensidad se aplica. En su Sentencia de 17 de septiembre de 2009 (*Manole c. Moldova*, Cdo.100), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que la elección de los medios a través de los cuales conseguir esos fines -garantía del derecho a recibir una información imparcial y una pluralidad de opiniones que refleje la diversidad política del país- pertenece al margen de apreciación del Estado; y que dichos medios variarán en función de las concretas condiciones que se identifiquen, reconociéndose que la caracterización de la actividad de radiodifusión como servicio público puede contribuir a la calidad y al equilibrio de la programación.

Desde esta perspectiva, y entrando ya en el análisis del art. 1.1 LTC, la declaración del servicio de telecomunicaciones por cable (incluyendo la televisión por cable) como un servicio público constituye, precisamente, el ejercicio de esa opción del legislador consistente en elegir la técnica regulatoria más idónea en orden a preservar la prestación universal del servicio integrado de telecomunicaciones por cable (art. 1.2 LTC) y del servicio de radiodifusión por cable en determinadas condiciones. Esta declaración o calificación de la actividad como un servicio público es constitucionalmente legítima puesto que ningún precepto constitucional lo impide expresa o tácitamente (por todas, STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 7). De hecho, en este caso, responde a la lógica vigente en el momento temporal en que se aprueba la Ley, momento en el que, por una parte, las actividades de difusión televisiva (de un único punto receptor a múltiples puntos receptores) se conciben en todo caso como un servicio público reservado al Estado, tanto en la Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se regula el estatuto de la radio y la televisión; Ley 46/1983, reguladora del tercer canal de televisión o Ley 10/1988, de 3 de mayo, de televisión privada (en realidad, concesionarias del servicio público estatal). Por otro lado, el sector de las telecomunicaciones es también calificado como servicio público -prestado en monopolio por Telefónica (tal como se desprende la LOT de 1987 y su modificación de 1992)- a la espera de la trasposición de las directivas comunitarias de liberalización de los servicios, posteriormente de las infraestructuras, de telecomunicaciones.

La declaración del servicio público de una actividad con reserva de la misma al Estado se configura, así, como "una opción, entre otras constitucionalmente posibles, que puede tomar el legislador. El art. 128.2 de la Constitución permite a la ley reservar al sector público "recursos" o "servicios esenciales", y una interpretación literal aunada a otra sistemática, derivada del uso de dos expresiones constitucionales que no pueden querer decir lo mismo, obliga a entender que los "servicios esenciales" de una comunidad no tienen por qué ser "recursos" naturales o económicos; es esa una noción que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas, para suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública" [ STC 27/1994, de 5 de mayo, FJ 6.B), con cita de la STC 206/1990 ].

La opción por el "servicio público" comporta el establecimiento de un determinado régimen jurídico en la prestación del servicio de que se trate, cuyas fórmulas de prestación pueden ser tanto directas (por los propios poderes públicos que ostentan la "titularidad" del servicio) como indirectas (por empresas privadas previa obtención de concesión administrativa). En cualquier caso, la opción del legislador por la técnica regulatoria del servicio público y su concreta forma de prestación se encuentra sometida a ciertos límites.



En primer lugar, no puede obviarse -sin entrar en debates doctrinales que no nos corresponden- que la noción de servicio público es dinámica y que habrá de adaptarse en su extensión o en su misma existencia a los cambios tecnológicos y sociales. Así, como hemos señalado en el concreto ámbito de la radiodifusión y la televisión "los cambios en los condicionamientos técnicos (que no se limitan solo al ámbito de la frecuencias sino también a las necesidades y costes de infraestructura para este tipo de medios) y también en los valores sociales, pueden suponer una revisión de la justificación y los límites que supone la *publicatio*, tanto en lo que se refiere a la constitucionalidad de un monopolio público en la gestión televisiva, como a los límites que establezcan la regulación de una gestión privada del servicio que el legislador está obligado a realizar respetando los principios de libertad, igualdad y pluralismo" ( STC 88/1995, de 6 de junio , FJ 5). Apuntábamos, entonces, la necesidad de ser sensibles a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a las de otros tribunales constitucionales europeos que "han evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada ( STC 206/1990 , FJ 6)" ( STC 88/1995, de 6 de junio , FJ 5, con cita de las SSTC 206/1990 , 31/1994 y 127/1994 ).

De hecho, tal como hemos puesto de manifiesto en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, el concepto de servicio público ha experimentado una profunda revisión, alejándose de esa concepción formal que implicaba en todo caso la existencia de un monopolio de titularidad pública y reconociéndose que es factible preservar el pluralismo de los medios de comunicación y de otros valores constitucionales, así como la prestación de un servicio con carácter universal y en determinadas condiciones de calidad o regularidad, a través de otras técnicas menos gravosas como la autorización o la comunicación previa. Así se ha verificado, en lo que aquí interesa, en los sectores de las telecomunicaciones y la radiodifusión y televisión como muestra la evolución legislativa antes descrita, en aplicación y transposición de las Directivas comunitarias que, desde 1988, iniciarían el camino de liberalización de estos sectores tan imbricados entre sí.

En segundo lugar, la declaración de la televisión por cable (realidad diferente de los otros servicios multimedia, de telefonía o datos que también son transmitidos a través del cable) como una actividad de servicio público se encuentra sometida a los límites que se derivan del mismo hecho de proyectarse sobre el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20.1 a ) y d) CE . Y en este sentido hemos sido contundentes al declarar que la calificación de la televisión como un servicio público "no es, en absoluto, 'una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos -los de comunicar libremente el pensamiento y la información- que la *publicatio* limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar' ( STC 206/1990 , fundamento jurídico 6); ni, 'mediante la invocación de dicha tesis, se habilita a los poderes públicos a poder legitimar un injustificado sacrificio de tales derechos de libertad y, en concreto, la ausencia de regulación de procedimientos legales que permitan el lícito acceso a la creación de medios por particulares en los distintos soportes tecnológicos hasta la medida en que lo permitan las condiciones técnicas y económicas de cada momento.'" [ STC 127/1994 , FJ 6. B].

En definitiva, "la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público [...] no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en el ejercicio de su derecho general de libertad. Se trata, no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de cualquier comunidad, la obtención de una información libre y plural por los ciudadanos por medio de la televisión, sino también, y sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico o, cuando menos, de garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa, sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar eventuales injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos de libertad del art. 20 C.E ." [ STC 127/1994 , FJ 6. B), con cita de la STC 206/1990 ].

La cuestión, por tanto, como ya apuntábamos, no es tanto la declaración de la televisión por cable como servicio público en sí misma -que, a priori, no resulta contraria a la Constitución sin que, por tanto, pueda prosperar la tacha de inconstitucionalidad que el Tribunal Supremo plantea respecto del art. 1.1 LTC-, como las consecuencias que, en este caso, derivan de tal declaración; en particular, la limitación del número de concesionarios (u operadores) a uno por demarcación territorial con la habilitación de Telefónica como segundo operador, en caso de que ejerza dicha opción, tal como se verá a continuación y como de hecho se desprende del enfoque del propio Auto de planteamiento de la cuestión, pues lo que suscita el Tribunal Supremo es si en un contexto tecnológico (como el cable) en el que no puede hablarse de recursos escasos -fundamento de la declaración de servicio público en otros casos, como ocurre, por ejemplo, respecto de la televisión que utiliza el espacio radioeléctrico-, la preservación de esos otros intereses y valores constitucionales requiere de una técnica de regulación que llegue "hasta el extremo de su declaración de



servicio público de titularidad estatal y al uso de la técnica concesional, en vez de emplear otros medios menos restrictivos como pudiera serlo la autorización de las administraciones afectadas, la exigencia de determinados requisitos de solvencia técnica o económica u otros".

6. El análisis sobre la constitucionalidad del art. 6.1 LTC, en tanto que forma concreta de prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable y teniendo en cuenta lo que se ha dicho en el fundamento jurídico anterior, ha de partir de la premisa de que el duopolio previsto en el citado precepto se refiere al establecimiento de infraestructuras o redes de cable, esto es, la previsión de la existencia de dos operadores de cable, con sus propias redes, en cada demarcación territorial (pudiendo establecerse la nueva red de cable bien mediante la construcción de las infraestructuras necesarias para el transporte de la señal, bien mediante la utilización de redes o infraestructuras ya existentes). Se rompe, así, el monopolio diseñado en la Ley de ordenación de telecomunicaciones, introduciendo una competencia restringida que permite la existencia de infraestructuras alternativas a las existentes (Telefónica y Retevisión).

Como segunda premisa de análisis conviene recordar que el enjuiciamiento del precepto cuestionado debe realizarse en relación con el contexto normativo y temporal en que su aplicación resultó determinante (por ser el anclaje legal de las órdenes ministeriales de regulación y convocatoria del concurso que se impugnan en el proceso *a quo*). Así, si bien es cierto que actualmente podría objetarse, incluso desde una perspectiva constitucional, que se recurriese a fórmulas o técnicas como la del servicio público (en la concepción formal aquí cuestionada) cuando la evolución tecnológica, económica y social ha demostrado que es posible la preservación del pluralismo de los medios de comunicación social y del resto de valores constitucionales apuntados mediante la utilización de técnicas regulatorias menos intensas que la limitación del número de concesionarios privados (como evidencia el régimen establecido en la vigente Ley general de comunicación audiovisual, a la que ya hemos aludido), también lo es que el contexto en que se aprobó la LTC, era muy diferente.

En efecto, la LTC se aprobó, por un lado, con la voluntad de regular de forma integrada los servicios de telecomunicaciones por cable y de colmar la laguna jurídica existente respecto de los servicios de difusión de televisión por cable que, como dijimos en la meritada STC 31/1994, impedía el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 CE; y, por otro lado, en un contexto de incipiente liberalización al que la Ley intenta dar respuesta mediante el diseño de un duopolio compartido entre el concesionario adjudicatario tras la celebración del correspondiente proceso de selección y Telefónica. Así lo especifica el propio preámbulo de la Ley en el que se señala que "la ley introduce, adelantándose a la Unión Europea, modificaciones en la regulación actual en el campo de las infraestructuras, al permitir la existencia de un nuevo operador de infraestructuras de comunicaciones por demarcación distinto de los prestadores previstos en el art. 14 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, autorizando al concesionario del servicio de telecomunicaciones por cable a instalar su propia red de cable, sea ésta de nueva construcción o utilizando infraestructuras ya existentes".

La LTC tiene, pues, vocación de introducir la competencia, no sólo ahondando en la liberalización en la prestación de servicios (pues su disposición transitoria segunda prevé la posibilidad de que los operadores de cable puedan prestar el servicio telefónico básico a partir de 1 de enero de 1998) sino iniciando el tránsito hacia la liberalización total de infraestructuras y redes que la Unión Europea, desde la aprobación del *Libro Verde de liberalización de las infraestructuras y redes de cable* en 1994 (cuya segunda parte se publicó en el año 1995), preveía para el año 1998 (si bien con moratoria para determinados Estados miembros, entre ellos España).

En definitiva, en el contexto descrito y entre diversas opciones -dentro del mayor ámbito de libre configuración del que dispone en relación con la regulación del acceso a la creación de medios de comunicación- el legislador español optó por el establecimiento de un duopolio por diversas razones, también apuntadas en el preámbulo de la Ley: porque "de esta forma se respeta la posición que para Telefónica de España resulta del contrato celebrado con el Estado" -lo que tiene su lógica en aquel momento atendiendo al objeto de la LTC que, como ya hemos señalado, no se circunscribe a la regulación de la televisión por cable- y porque "al mismo tiempo, se posibilita la existencia de la competencia necesaria en la prestación de estos servicios, debiendo ambos operadores actuar en las mismas condiciones. Esta restricción al número de operadores por demarcación obedece a razones de tipo económico, por la inviabilidad de la operación en el supuesto de que proliferaran los operadores, en atención al elevado importe de la inversión a efectuar".

Más allá del asunto relativo a la habilitación automática de Telefónica, las razones que esgrime el legislador para el establecimiento de ese duopolio son razones económicas, que, según el Auto de planteamiento de la cuestión, no resultan convincentes. Señala, así, la Sala proponente que la limitación de los derechos reconocidos en el art. 20.1 a) y d) CE no obedece, en este caso, a la escasez del medio empleado para transmitir. Ciertamente, con anterioridad, nos hemos pronunciado en este sentido en relación con la declaración de la televisión por ondas como un servicio público (y las consecuentes limitaciones en el número de operadores) que se justificaba, precisamente, por dicha escasez y por la necesidad de "ordenar la igualdad



en las condiciones de acceso de los ciudadanos a un bien limitado" ( STC 127/1994, de 5 de mayo , FJ 6). Como reverso de esa afirmación, hemos reconocido que las emisiones de televisión a través del cable "no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación, ya que difícilmente puede ser estimable la vía pública en este supuesto como un bien escaso, ni implica por sí y ordinariamente restricciones al derecho de expresión de los demás, toda vez que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otras" ( STC 31/1994, de 31 de enero , FJ 7). Ello no quiere decir, sin embargo, que la limitación del número de operadores para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable prevista en la LTC sea inconstitucional pues, adelantamos ya, dicha configuración de los requisitos de acceso a la prestación del servicio no aparece como irrazonable ni menoscaba el ejercicio del contenido primario del art. 20 CE atendidos los objetivos que se persiguen -que son algo más que económicos como se desprende de la lectura integrada de la LTC-.

En este punto no es posible obviar que el establecimiento y despliegue de una infraestructura de red requiere normalmente de grandes inversiones, lo que implica una tendencia a lo que se ha llamado "monopolio natural". La consideración de que una multiplicidad de operadores podría hacer inviable la operación, tal como se sostiene en la LTC, por la escasez económica propia de estos sistemas, es una cuestión cuya valoración corresponde al legislador, pues se trata de extremos que "en definitiva, deben quedar dentro de la libertad de configuración normativa del legislador, salvo hipotéticos abusos en las restricciones" acordadas ( STC 127/1994, de 5 de mayo , FJ 7). En cualquier caso, la opción articulada en la LTC, cuya finalidad última parece ser la compatibilidad entre la prestación de los servicios de comunicación por cable, el fomento de la competencia en este sector y el mantenimiento del equilibrio territorial, no puede considerarse lesiva o restrictiva del contenido material del art. 20 CE que, conviene recordar, no reconoce per se un derecho a emitir, estando salvaguardadas en este caso la libertad de expresión y la libertad de comunicación a través de las obligaciones de programación, sobre todo teniendo en cuenta el horizonte "transitorio" de la norma analizada puesto que, de acuerdo con la las directivas europeas, la liberalización total de las infraestructuras en España debía producirse en 2003.

Esta perspectiva tiene entonces su lógica en el contexto temporal en que se produce pues en 1995 no se habían desarrollado en España grandes redes de cable, sino una multiplicidad de redes pequeñas operadas por empresas de carácter generalmente reducido. La regulación acometida por la LTC que, como hemos dicho antes, contempla los servicios de telecomunicaciones por cable en su conjunto -y no sólo los servicios de difusión- pretende una regulación global, integral, de dichos servicios y su extensión a todo el territorio, a través de su división en demarcaciones imponiendo obligaciones de servicio público que difícilmente pueden ser atendidas por empresas de tamaño reducido. Corresponde *ex lege* al concesionario garantizar una calidad uniforme del servicio y una cobertura universal en la demarcación, así como asegurar la regularidad de la prestación del servicio y asumir determinadas obligaciones tarifarias. En lo concerniente a la televisión por cable la LTC establece la obligación de distribuir a todos los abonados a la red ( *must carry* ) "el conjunto de servicios de difusión de televisión por ondas regulados en las Leyes 4/1980, de 10 de enero y 10/1988, de 3 de mayo" [art. 11.1 e) LTC]; así como todos los servicios de difusión de televisión gestionados por la Comunidad Autónoma a la que pertenezca la demarcación territorial [art. 11 1 f) LTC] y los servicios de televisión local [art. 11.1 g) LTC], respetando en todo caso las reglas de control de contenidos (protección de infancia y juventud) a que hace referencia el art. 12 LTC. De otro lado, y aparte de las obligaciones de interconexión de redes (o suministro de infraestructuras para el caso de Telefónica según la disposición adicional segunda, apartado 7) la LTC exige al operador de cable la distribución mediante su red de contenidos audiovisuales de programadores independientes (art. 10 LTC) -obligación que se fija en un 40 por 100 de la programación [art. 11.1 d) LTC]-.

De todo lo anterior puede concluirse que la opción del legislador de 1995 no afecta al contenido primario del derecho a la libertad de expresión y del derecho a comunicar (y recibir) libremente información del art. 20.1 a) y d) CE puesto que, más allá de si hubiese sido mejor otra opción diferente a la introducción de una competencia restringida, lo cierto es que la ley articula un sistema -a través de obligaciones de distribución de los contenidos de las cadenas públicas y de las cuotas de programación- que permite la salvaguarda del pluralismo de los medios de comunicación social y, por tanto, la preservación de la formación de una opinión pública libre que es, necesariamente, el objetivo de toda regulación del sector audiovisual.

La Ley prevé, además, un sistema objetivo de selección del operador (adjudicatario de la concesión) ligado a los objetivos de servicio público que debe cumplir. Los criterios establecidos -tanto en la Ley como en las normas que la desarrollan- para la adjudicación de la concesión del servicio de televisión por cable son la viabilidad técnica y económica del proyecto, las previsiones de cobertura, el menor impacto ambiental y sobre el dominio público, el aprovechamiento de infraestructuras preexistentes, el nivel tecnológico y la variedad y calidad de los servicios, entre otros. Se trata de criterios objetivos que garantizan la igualdad de oportunidades en la tramitación del procedimiento y que persiguen fines constitucionalmente legítimos que pueden justificar



la restricción en el número de operadores, junto a los fines propios de la actividad como la preservación del pluralismo y la formación de una opinión pública libre. El hecho de que la selección del titular de la concesión "deba efectuarse con arreglo a criterios generales, objetivos y de igualdad en el libre acceso que permitan un control posterior de la regularidad de la decisión administrativa por parte de los Tribunales ordinarios" [ STC 127/1994, de 5 de mayo , 6.B)], incorpora ya un criterio que permite constatar la proporcionalidad de la medida regulatoria.

Por último, no puede obviarse que este cambio de perspectiva en el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones por cable, como consecuencia de la intervención del legislador, se realiza, además, con vocación de mantener, en lo posible, las expectativas de las empresas que ya venían operando en el sector, tal como demuestra el régimen transitorio establecido en la LTC -asunto éste que no es baladí puesto que el origen de la cuestión planteada por el Tribunal Supremo es, precisamente, el recurso interpuesto por PROCONO, S.L., asociación de empresas que explotaban el servicio del cable y que no ha resultado beneficiaria de la concesión- que permitió, en la práctica, que esas empresas pudieran continuar con la prestación de los servicios que llevaban a cabo, si bien impidiendo la realización de nuevas inversiones. Así, constatada una situación fáctica como la preexistencia de pequeños operadores de cable que habían extendido sus redes para la prestación del servicio -generalmente en las comunidades de vecinos, que luego se interconectaban- la LTC articula una cláusula de cierre a través de su disposición transitoria primera que, en definitiva, permite a dichos operadores continuar la prestación del servicio mientras realizan los trámites necesarios para optar a la concesión o, en caso de no presentarse al concurso, continuar la prestación con un título provisional durante un determinado plazo. Este régimen transitorio establecido en la LTC de 1995 fue modificado por la legislación posterior, estableciendo un régimen más beneficioso para los operadores preexistentes y atenuando, así, los efectos que tiene la nueva regulación sobre las expectativas de los operadores que habían actuado en un vacío legal y que no necesariamente habían de obtener una concesión de forma automática, ya que no gozaban de ningún derecho adquirido sino, en su caso, de meras expectativas de obtener la concesión. El Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones (convalidado por Ley 12/1997, de 12 de abril) prevé el otorgamiento de concesiones especiales (por diez años no renovables) a aquellas empresas que venían prestando servicios de televisión por cable y que no hubieran resultado finalmente adjudicatarias de concesiones definitivas y ampara, también, a aquellas empresas que, aun no estando incluidas en la Disposición Transitoria Primera de la LTC hubiesen obtenido una concesión municipal antes de la aprobación del citado Real Decreto-Ley." (fundamentos jurídicos 5 y 6)

Tales razones suponen que las órdenes impugnadas, dictadas en aplicación de la regulación legal cuestionada, no incurren en la vulneración del artículo 20 de la Constitución .

En cuanto a la invocación de la libertad de empresa, la actora no aporta ninguna razón en el motivo para justificar tal vulneración. Digamos, con todo, que en reiteradas ocasiones hemos afirmado en relación con diversas actividades económicas que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, las limitaciones derivadas de la regulación de una actividad empresarial o económica no pueden considerarse atentatorias contra la libertad de empresa salvo supuestos extremos en los que se haga inviable o extremadamente dificultosa la actividad de que se trate. Nada de eso sucede en el caso de autos, en el que la actividad de telecomunicación televisiva resultaba sin duda posible aun con las limitaciones objeto de crítica, las cuales podían sin duda ser objetables por innecesariamente restrictivas, pero en modo alguno puede afirmarse que impedirían o hiciesen inviable en la práctica la actividad empresarial en el ámbito de las telecomunicaciones.

Todo lo anteriormente expuesto hace que debamos desestimar el motivo.

**CUARTO** .- Sobre el motivo segundo, relativo al artículo 7 de la Ley de las Telecomunicaciones por Cable .

En el segundo motivo, la parte aduce la infracción del artículo 7 de la Ley de las Telecomunicaciones por Cable 42/1995 , así como invoca de nuevo la vulneración de preceptos constitucionales, en concreto de los artículos 14, 20 y 38. La razón de fondo que esgrime la recurrente para fundamentar la vulneración de los citados preceptos legales y constitucionales es que las exigencias de una inversión mínima de 10.000 millones de pesetas y de una garantía previa de doscientos millones eran de imposible cumplimiento para los titulares de televisiones por cable existentes antes de la entrada en vigor de la citada Ley de las Telecomunicaciones por Cable, por cuanto se trataba de pequeñas y medianas empresas. Y si bien la referida exigencia de inversión sería conforme con la Ley de Contratos del Estado, arguye la recurrente, vulneraría en cambio el citado artículo 7 de la Ley 42/1995 , por cuanto éste permitía hacer uso de las redes e infraestructuras existentes, fuesen o no de la propiedad de la propia empresa. En cuanto a la vulneración de los preceptos constitucionales, alegación sobre la que no se razona, derivaría presumiblemente de que las referidas exigencias serían discriminatorias para las pequeñas y medianas empresas y resultarían desproporcionadas e irrazonables, en detrimento de las libertades de expresión e información y de la de empresa.





El motivo no puede prosperar, dado que hoy día carece de objeto al no tener dicha normativa ninguna proyección práctica y no afectar a los intereses presentes de la mercantil recurrente. En efecto, al margen de que la alegación relativa a los artículos 20 y 38 de la Constitución habría de ser rechazada por las mismas razones que en el primer motivo, el motivo, tanto en su vertiente de legalidad ordinaria como de constitucionalidad, ha de ser rechazado por pérdida de objeto. Así, sin necesidad de entrar en si las referidas exigencias económicas eran o no contrarias al artículo 7 de la Ley 42/1995 o en si eran desproporcionadas o discriminatorias, es evidente que la evolución normativa y el transcurso del tiempo ha hecho que tal cuestión carezca hoy día de relevancia práctica. Como consecuencia de dicha evolución la recurrente ha logrado cumplir sus objetivos empresariales en la difusión de telecomunicaciones, como ella misma ha manifestado, sin que un pronunciamiento sobre la pasada normativa tenga ahora consecuencia práctica alguna o resulte necesario para la defensa de sus intereses empresariales en dicho ámbito.

Y si el contenido básico del motivo -y del recurso- ha perdido objeto, tampoco resulta de interés en razón de la sanción que se le impuso en su momento a Procono. En efecto, a este respecto la mercantil recurrente ha indicado que la razón última de no desistir de éste recurso sería la repercusión que pudiera tener dicho desistimiento sobre la impugnación de la multa que se le impuso en 1.999 por no cesar en la actividad de emisión de telecomunicación por cable. Pues bien, sin perjuicio de que tal razón sólo afectaría, en puridad, al primer motivo, el recurso directamente entablado contra dicha sanción ha sido deliberado conjuntamente con éste, y ha sido desestimado por la Sentencia de 27 de octubre de 2.014 (RC 4.468/2.003) -como también ha sido desestimado el recurso de casación derivado de la impugnación de la orden de cese de emisiones de la que traía causa la multa ( Sentencia de 27 de octubre de 2.014, RC 4.691/2.001 )-, si bien queda pendiente el recurso de casación derivado del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales con ocasión de la misma sanción. Debe, en tal caso, rechazarse el motivo por pérdida de objeto.

**QUINTO** .- Conclusión y costas.

En atención a las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho, procede declarar que no ha lugar al recurso de casación. Dadas las circunstancias jurídicas concurrentes, que llevaron a esta Sala a plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con determinados preceptos legales de aplicación al caso y en virtud de lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede la imposición de costas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

## FALLAMOS

Que NO HA LUGAR y por lo tanto DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por Procono, S.L. contra la sentencia de 3 de febrero de 1.998 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 369/1997 . No se hace imposición de las costas procesales.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituída la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Firmado.-