



Roj: **STS 1175/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1175**

Id Cendoj: **28079130042017100121**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **21/03/2017**

Nº de Recurso: **3933/2015**

Nº de Resolución: **477/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta Sentencia núm. 477/2017**

Fecha de sentencia: 21/03/2017 Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a) Número del procedimiento: 3933/2015 Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 07/03/2017 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibañez Procedencia: Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez Transcrito por: RSG Nota:

Resumen Responsabilidad patrimonial concurrente de la Administración del Estado y del Estado legislador. Cierre de canales digitales adjudicados a las antiguas concesionarias, luego licenciatarias, tras el apagón analógico efectuado el 3 de abril de 2010. Análisis por separado tanto de la responsabilidad de la Administración por retraso en acordar esa adjudicación como del Estado legislador por omisión normativa al no haber previsto un régimen transitorio.

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 3933/2015 Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibañez Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Oliver Sánchez

### **TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Contencioso-Administrativo Sección Cuarta Sentencia núm. 477/2017**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras. D. Jorge Rodríguez Zapata Pérez, presidente D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D<sup>a</sup>. Celsa Pico Lorenzo D<sup>a</sup>. María del Pilar Teso Gamella D. José Luis Requero Ibañez D. Rafael Toledano Cantero

En Madrid, a 21 de marzo de 2017. Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número **3933/2015** interpuesto por el procurador don Manuel Lanchares Perlado en representación de la entidad **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.** con asistencia del letrado don Jesús Remón Peñalver contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de septiembre de 2016. Ha sido parte demandada la Administración del Estado representada y defendida por el abogado del Estado. Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibañez.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don Manuel Lanchares Perlado en representación de la entidad ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A. (en adelante Atresmedia) interpuso ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Consejo de Ministros por los daños ocasionados como consecuencia del cese de emisión de tres canales de televisión digital de cobertura estatal. Tal recurso se amplió posteriormente a la resolución de 9 de septiembre de 2016 por el que se desestimaba expresamente su reclamación.

**SEGUNDO.-** Presentado, admitido a trámite el presente recurso jurisdiccional y anunciado en los diarios oficiales, se reclamó el expediente administrativo y recibido, se confirió traslado del mismo a la demandante para que en el plazo legal formulase demanda, lo que hizo el 26 de febrero de 2016.



**TERCERO.-** La parte demandante basa su demanda - tanto la primera como la segunda presentada tras la ampliación del recurso contra la resolución expresa - en síntesis, en los siguientes razonamientos:

1º Procede de la fusión por absorción de Antena 3 de Televisión SA (en adelante, Antena 3) y de Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, SA (en adelante, La Sexta).

2º De conformidad con la disposición adicional Tercera del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre (en adelante, Real Decreto 944/2005) en relación con el artículo 1.1 del Real Decreto 365/2010, de 26 de marzo, (en adelante, Real Decreto 365/2010) tras el cese de las emisiones con tecnología analógica el 3 de abril de 2010, se adjudicó a esas operadoras luego fusionadas en la demandante, un múltiple digital con cobertura estatal para emitir mediante cuatro canales, por acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010, haciéndolo finalmente con tres canales que fueron cerrados: Nitro, Xplora (antes, La Sexta 2) y La Sexta 3.

3º Sin embargo esta Sala, Sección Tercera, mediante sentencia de 27 de noviembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo 442/2010) anuló dicho acuerdo porque la adjudicación de esos canales era nula por contravenir el artículo 22.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, de Comunicación Audiovisual (en adelante, Ley 7/2010) vigente desde el 1 de mayo de 2010, que exige que tal adjudicación deba hacerse mediante concurso. La consecuencia es que los citados Reales Decretos - que dieron cobertura al acuerdo del Consejo de Ministros -, estaban tácitamente derogados por la citada ley cuando se aplicaron para adjudicar los tres canales.

4º La anulación de esa adjudicación le ha causado unos daños antijurídicos una vez acordado el cese definitivo el 6 de mayo de 2014 tras el auto de 18 de diciembre de 2013, por el que se resolvió el incidente de ejecución de la sentencia.

5º Su reclamación se basa en la responsabilidad concurrente de la Administración del Estado y del Estado legislador. Así el Consejo de Ministros resolvió tardíamente su solicitud de adjudicación de los canales, presentada el 22 de abril, pues de haberlo hecho antes del 1 de mayo el Tribunal Supremo no habría declarado la nulidad de la adjudicación por haberse hecho aplicando unas normas derogadas. A esto añade que el Gobierno creó un escenario normativo con los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010 antes citados luego frustrado por una ley que no lo preservó mediante un régimen transitorio *ad hoc*.

6º Además concurre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador pues, como señaló la sentencia de 27 de noviembre de 2012, la Ley 7/2010 no contiene una disposición transitoria que contemple la concreta situación de la demandante y de los otros operadores en su misma situación. Con esa derogación tácita de la normativa reglamentaria anterior, el legislador ha ido contra la buena fe y confianza legítima creada por la misma en los operadores durante todo el proceso de evolución de la tecnología analógica a la digital.

7º Finalmente expone los criterios que sigue para la cuantificación de los daños y perjuicios por los que reclama, que considera que cumplen los requisitos de ser ciertos, efectivos y económicamente evaluables, y que fija en los costes de puesta en funcionamiento de esos tres canales más los perjuicios causados por la caída de audiencia y lucro cesante, lo que calcula hasta el año 2015 en que habría finalizado la licencia.

**CUARTO.-** Según lo expuesto anteriormente es pretensión de la actora que se reconozca su derecho a obtener una indemnización de los poderes públicos por importe de trescientos treinta y tres millones quinientos veinte y seis mil euros (333.526.000 de euros) por los daños producidos en los términos expresados en su demanda y actualizada esa cantidad con arreglo al artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/1992) más los correspondientes intereses de demora.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 1 de marzo de 2016 se acordó conferir al Abogado del Estado el plazo de veinte días para contestar a la demanda, lo que efectuó en escrito presentado el 1 de abril de 2016 en el que interesó que se desestimase íntegramente la demanda con base en los siguientes razonamientos que se relacionan en síntesis:

1º Ha prescrito el derecho a reclamar, pues el plazo de un año debe computarse desde la firmeza de la sentencia de 27 de noviembre de 2012.

2º No se está ante un supuesto de responsabilidad concurrente del artículo 140 de la Ley 30/1992.

3º No hay responsabilidad patrimonial de la Administración, pues el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 no se dictó tardíamente y, en todo caso, como señaló el auto de 18 de diciembre de 2013, la causa del posible daño por el que se reclama estaría en la ley, no en el acuerdo anulado. En todo caso su actuación fue diligente y tuvo que verificar la concurrencia de las exigencias para la adjudicación del múltiple digital.



4º Tampoco hay responsabilidad del Estado legislador, pues con la ley 7/2010 no se violaron los principios de buena fe ni de confianza legítima, sin que al tiempo de entrar en vigor la demandante hubiere patrimonializado una situación jurídica individualizada.

5º Por último ataca los fundamentos en los que se concreta la indemnización reclamada por la demandante.

**SEXTO.-** Practicada la prueba declarada pertinente consistente en la documental aportada a los autos más la ratificación de los informes periciales presentados por la parte demandante, no estimándose necesaria la celebración de vista pública y no habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se declararon concluidas las actuaciones en fecha 25 de noviembre de 2016. Antes, al haberse dictado resolución expresa desestimatoria, ambas partes ampliaron su primera demanda a la vista de tal resolución.

**SÉPTIMO.-** Mediante providencia de 21 de diciembre de 2016 se designó Magistrado ponente y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 7 de marzo de 2017, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Según lo expuesto en los Antecedentes de Hecho de esta sentencia, la demandante impugna la desestimación, primero por silencio y luego expresa, de su reclamación de responsabilidad patrimonial concurrente del Estado legislador y de la Administración del Estado por el cierre de las cadenas de televisión digital Nitro, Xplora (antes, La Sexta 2) y La Sexta 3, que fueron adjudicadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 a Antena 3 y La Sexta tras el apagón analógico. Como se ha dicho también en los Antecedentes, ese cierre tuvo lugar el 6 de mayo de 2014 en ejecución del auto de la Sección Tercera de esta Sala, de 18 de diciembre de 2013, por el que se resolvió el incidente de ejecución de la sentencia de 27 de noviembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo 442/2010) que anuló el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010.

**SEGUNDO.-** A partir del planteamiento de la demandante expuesto, en síntesis, en el Antecedente de Hecho Tercero, para el adecuado entendimiento de lo litigioso es preciso recordar la evolución normativa relativa a la transición de la televisión analógica a la digital, aun cuando sea de sobra conocida por las partes y lo resume el dictamen del Consejo de Estado. Así en esa evolución cabe distinguir dos periodos: uno que va desde la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada hasta el año 2010; otro en el que se mezcla la finalización de las emisiones con tecnología analógica y la promulgación de la Ley 7/2010, ya citada en los Antecedentes de Hecho de esta sentencia y que finaliza para lo que ahora interesa con las resoluciones de esta Sala antes citadas.

**TERCERO.-** En cuanto al primer periodo cabe destacar lo siguiente:

1º Conforme a la Ley 10/1988 desde 1989 Antena 3 era concesionaria para la prestación indirecta del servicio público de comunicación audiovisual mediante tecnología analógica. Tal concesión se otorgó por diez años, desde el 3 de abril de 1990.

2º A partir de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, España empieza a incorporar medidas para el fomento y desarrollo de la tecnología digital en ese ámbito, conforme a la Directiva 95/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre.

3º De esta manera se dicta el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico nacional de la televisión digital terrenal, que obligaba a los concesionarios cuyo título se renovase a simultanear las emisiones mediante tecnología analógica y digital.

4º Los resultados de ese proceso para la implantación de la tecnología digital no eran satisfactorios, por lo que por acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de diciembre de 2004 se acordó relanzarlo. Se promulgó así la Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo, cuya disposición final Primera.2 apoderaba al Gobierno para que adoptase « las medidas oportunas para garantizar la transición de la televisión analógica a la televisión digital terrestre y adoptará las disposiciones que resulten necesarias para ello ».

5º En ejecución de tal disposición se dictó el Real Decreto 944/2005 que, en lo que ahora interesa, fijó en la disposición adicional Primera el 3 de abril de 2010 para el cese de las emisiones mediante tecnología analógica, es decir, lo que viene denominándose el apagón analógico; reguló el proceso de transición de la tecnología analógica a la digital (disposiciones adicionales Segunda y transitoria Cuarta) y, además reguló lo que denomina el escenario tras ese apagón (disposición adicional Tercera) y que ha dado lugar a este pleito.

6º Ahondando en esas previsiones, en cuanto al proceso de transición hasta el 3 de abril de 2010, la disposición adicional Segunda previó la explotación temporal de canales digitales adicionales hasta el apagón analógico,



de forma que reiteró el acceso de las concesionarias a un canal digital de cobertura estatal para que emitieran simultáneamente con tecnología analógica y digital y a ese canal añadió la posibilidad de hasta dos canales adicionales si se cumplían las condiciones y compromisos que, bajo la rúbrica de "Impulso y desarrollo de la televisión digital terrestre", preveía la disposición transitoria Cuarta.

7º Como se ha dicho, lo ahora litigioso arranca de las previsiones para el periodo posterior al apagón digital, que es lo regulado en la disposición adicional Tercera. Preveía así que, producido ese apagón analógico y previa solicitud de las concesionarias, tras acreditar el cumplimiento de las condiciones y compromisos relacionados en la disposición transitoria Cuarta, accederían a un múltiple digital de cobertura estatal.

8º De esta manera el Consejo de Ministros dictó dos acuerdos de 25 de noviembre de 2005. En uno se otorga una concesión de dos canales digitales a La Sexta y en el otro ejecutan las previsiones del Real Decreto 944/2005 para ese periodo de transición, de forma que dentro de las concesiones ya existentes las operadoras concesionarias - entre ellas Antena 3 - pasaron a explotar canales digitales adicionales a los que ya venían explotando, en las mismas condiciones del contrato concesional y hasta el apagón.

**CUARTO.**- El segundo periodo al que se ha hecho referencia se inicia en 2010 y en él cabe destacar lo siguiente:

1º Desde finales de 2009 estaba en sede parlamentaria el proyecto de ley de Comunicación Audiovisual, que es lo que luego sería la Ley 7/2010. En lo que ahora interesa liberaliza ese sector con el cambio del sistema concesional por el de licencias y, más en concreto, prevé que cuando la prestación del servicio de interés general que es la comunicación audiovisual requiera la ocupación de ondas hertzianas la adjudicación - en este caso de nuevos canales - se efectuará mediante concurso.

2º A su vez a comienzos de 2010 se inicia el procedimiento de elaboración de lo que luego será el Real Decreto 365/2010, ya citado, norma que regula el escenario resultante tras el apagón analógico el 3 de abril siguiente y que complementa a la disposición adicional Tercera.1 del Real Decreto 944/2005 .

3º El 18 de marzo de 2010 y tras su paso por el Senado, el Congreso aprueba el proyecto de ley de Comunicación Audiovisual, esto es, la futura Ley 7/2010.

4º Por acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2010, publicado el 14 de abril, se renovaron las concesiones otorgadas según la Ley 10/1988, entre ellas la de Antena 3 y con efectos desde el 3 de abril de 2010. En dicho acuerdo se preveía que, una vez que entrara en vigor la Ley 7/2010, las operadoras deberían solicitar la transformación de su concesión en licencia.

5º El 31 de marzo de 2010 se aprueba por el Consejo de Ministros el Real Decreto 365/2010. Regula así una primera fase de seis meses en la que las concesionarias accederían, previa solicitud y tras el apagón, a un múltiple digital de cobertura estatal si es que acreditaban el cumplimiento de las condiciones establecidas en la disposición transitoria Cuarta del Real Decreto 944/2005 .

6º El 1 de abril de 2010 se publica en el Boletín Oficial del Estado la Ley 7/2010, con un periodo de *vacatio* de un mes (disposición final Octava ), luego su entrada en vigor se produjo el 1 de mayo.

7º El 3 de abril ocurren dos hechos relevantes: se produce finalmente el apagón analógico y se aprueba el Real Decreto 365/2010, publicándose en el Boletín Oficial del Estado del día siguiente, esto es, el 4 de abril.

8º Dictado el acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2010 antes citado, el 7 y 22 de abril La Sexta y Antena 3 presentaron, respectivamente, las solicitudes para que se les asignase un múltiple digital de cobertura estatal de conformidad con los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010. Así la primera tuvo que justificar el cumplimiento de las obligaciones que en materia de impulso y desarrollo de la televisión digital terrestre venían establecidas en su contrato concesional y Antena 3 lo previsto en la disposición transitoria Cuarta en relación con la disposición adicional Tercera del Real Decreto 944/2005 ( artículo 1.1.2º del Real Decreto 365/2010 ).

9º Tal solicitud, junto con las de los otros operadores y el informe de la Secretaría de Estado para las Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, darán lugar al acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 en el que se acuerda asignar a cada uno un múltiple digital de cobertura estatal integrado como máximo por cuatro canales digitales de televisión susceptibles de ser explotados las veinticuatro horas del día.

10º Ese acuerdo será finalmente anulado por esta Sala, Sección Tercera, por sentencia de 27 de noviembre de 2012 al no haberse hecho la adjudicación de los nuevos canales por concurso ( artículo 22.3 de la Ley 7/2010 ) y por auto de 18 de diciembre de 2013 se resolverá el incidente de ejecución con el resultado del cierre efectivo, a partir del 6 de mayo de 2014, de los canales adjudicados el 16 de julio de 2010 a la ahora demandante. Tal cierre es lo que motiva la reclamación de responsabilidad patrimonial litigiosa y que se ha dirigido por



responsabilidad concurrente del Estado legislador y de la Administración del Estado en los términos que más abajo se expondrán.

**QUINTO.-** Dicho lo anterior y con carácter previo, se entiende decaído el alegato de la Abogacía del Estado que sostuvo al contestar la demanda que habría prescrito el derecho a reclamar. Sin embargo la resolución expresa, a la que se amplió este recurso, sigue en este punto al dictamen del Consejo de Estado y entiende que no ha prescrito la acción, pese a lo cual la Abogacía del Estado nada dice al respecto al ampliar su contestación a la demanda a raíz del acto expreso. Pues bien, tras el acto expreso debe entenderse abandonado ese motivo de oposición, luego debe estarse a lo resuelto en ese acto expreso en el que la Administración acepta que la reclamación se presentó dentro de plazo.

**SEXTO.-** Entrando ya en lo litigioso, la demandante entiende que se está ante un supuesto de responsabilidad concurrente, pues en la causación del daño por el que reclama - cierre de sus tres canales adjudicados tras el apagón analógico - habrían concurrido tanto el Estado legislador como la Administración del Estado. De la demanda se deduce que tal forma de entender la responsabilidad por la que reclamó es el centro de su razonamiento, pero debe matizarse por lo siguiente:

1º El origen de la reclamación está en lo dicho por este Tribunal en la sentencia y en el auto dictados por la Sección Tercera. Ante las consecuencias del cierre de los canales, la Sala indicó a los operadores - y es lo que ha hecho la demandante - la posibilidad de plantear la responsabilidad patrimonial, pero precisó que la causa del posible daño por el cierre de sus canales no sería el acuerdo del Consejo de Ministros que había anulado, sino la ausencia de una disposición transitoria específica en la Ley 7/2010 que regulase la situación de las operadoras acogidas a la disposición adicional Tercera.1 del Real Decreto 944/2005 y el Real Decreto 365/2010 cuya derogación tácita es la *ratio decidendi* de la sentencia.

2º Sin embargo la demandante opta por invocar la responsabilidad patrimonial tanto de la Administración como del legislador, ambas de forma concurrente, lo que responde más bien a la estrategia de plantear un panorama de responsabilidad global o general de los "poderes públicos". En puridad se trata no tanto de juzgar si es o no aplicable el artículo 140 de la Ley 30/1992 como de trasladar a la Sala la idea de una actuación conjunta del Gobierno y del legislador que de manera sucesiva crearon un escenario normativo que generó confianza y cuya derogación tácita ha causado un daño antijurídico.

3º La demandante entiende así que al poner en marcha esos tres canales actuó desde la confianza generada por la elaboración de unos reales decretos que preveían la adjudicación de los múltiples digitales a las operadoras tras el apagón analógico y esos mismos poderes públicos promovieron - el Consejo de Ministros - y aprobaron - legislativo - una ley que no previó un régimen transitorio que preserve esas situaciones jurídicas preexistentes ante el cambio de paradigma que implicaba la Ley 7/2010.

**SÉPTIMO.-** Desde ese planteamiento se va en cierta medida a un debate estéril pues, finalmente, hay que hacer un enjuiciamiento por separado de la posible responsabilidad patrimonial tanto del Estado legislador como de la Administración del Estado. Esto es así por las siguientes razones:

1º Es obvio que no cabe apreciar esa concurrencia conforme al artículo 140.1 de la Ley 30/1992 pues en la elaboración de un proyecto de ley por el Gobierno y su remisión a las Cortes, que finalmente aprueba la ley, no se advierte un supuesto de actuación conjunta de varias Administraciones públicas mediante instrumentos en los que así se prevea tal forma de actuación: no requiere especial comentario decir que el procedimiento de elaboración de un proyecto de ley y su ulterior trámite parlamentario nada tiene que ver con las formas de actuación conjunta entre Administraciones previstas en el Título I de la Ley 30/1992.

2º Fuera de tal supuesto el artículo 140.2 de la Ley 30/1992 regula el de actuaciones simultáneas o sucesivas de varias Administraciones causantes del resultado lesivo, lo que exige apreciar la concurrencia y el grado de responsabilidad según las competencias y potestades atribuidas a cada Administración, pudiendo ser solidaria cuando no sea posible deslindar ni determinar el aporte de cada Administración al resultado lesivo.

3º Tampoco este segundo supuesto es identificable con la actuación del Gobierno en relación con el legislador respecto del procedimiento de elaboración de una norma: una vez aprobado un proyecto por el Consejo de Ministros y remitido al Congreso de los Diputados, la norma resultante es por entero atribuible al legislador que, desde su soberanía, aprueba o enmienda lo proyectado, si es que no lo rechaza.

4º En todo caso, aun en la hipótesis - que no se da - de que fuese aplicable ese segundo supuesto siempre habría que ponderar cuál es la participación de cada agente en la causación del daño, luego siempre habría que hacer lo que ha hecho la Administración: analizar por separado la suya y la del Estado legislador, cuya apreciación le corresponde conforme al artículo 139.3 de la Ley 30/1992 y, en concreto al Consejo de Ministros tal y como señaló ya esta Sala en la sentencia del Pleno de 5 de marzo de 2008 (recurso contencioso-administrativo 22/2007 ) con cita de otras muchas.



**OCTAVO.-** A partir de lo dicho y como el pleito trae su causa de la anulación de la adjudicación del múltiple digital de cobertura estatal por esta Sala, es preciso recordar las líneas esenciales tanto de la sentencia de 27 de noviembre de 2012 como del auto de 18 de diciembre de 2013 dictado en el incidente de ejecución, lo que se resume en los siguientes términos:

1º Como se ha reiterado ya, la *ratio decidendi* de la sentencia fue que la Ley 7/2010 derogó la disposición adicional Tercera del RD 944/2005 y el artículo 1.1 del Real Decreto 365/2010. Como esa ley entró en vigor el 1 de mayo de 2010 cuando el Consejo de Ministros dictó el 16 de julio de 2010 el acuerdo de adjudicación, carecía ya de la cobertura que ofrecía esa normativa reglamentaria, luego dejó sin efecto la posibilidad de la adjudicación directa tras el apagón analógico ocurrido el 3 de abril de 2010.

2º La razón es que al estar ya en vigor la Ley 7/2010, no cabía una adjudicación directa que era lo previsto en la normativa reglamentaria, sino por concurso, cambio "radical" - así lo califica - que obedece a un giro hacia la liberalización del panorama audiovisual.

3º Se añade que lo que el Consejo de Ministros adjudicó no fue tanto el múltiple - que constituye una cuestión técnica ligada a la ocupación del espacio radioeléctrico - como la asignación de los canales que esto implica, que es lo que requería un concurso previo. Sin embargo se anulan ambos aspectos por estar indisolublemente unidos.

4º Los canales resultantes del múltiple que se adjudican no estaban ya amparados en los títulos concesionales preexistentes a la Ley 7/2010, de ahí que esos otros no quedasen afectados y que sí contaron con una previsión específica en la disposición transitoria Segunda de la Ley 7/2010.

5º La sentencia insiste en que lo previsto en esas normas reglamentarias - cuya derogación tácita declara - eran expectativas de derechos, ajenas al contenido de las concesiones preexistentes.

6º En ese sentido el auto dice que al entrar en vigor la Ley 7/2010 se estaba ante un proceso en curso, luego no había una situación jurídica consolidada por lo que las normas cuya derogación tácita había declarado la sentencia no supusieron la adscripción efectiva de los múltiples digitales.

7º Para concretar el alcance del fallo de la sentencia y abstracción hecha de la Ley 7/2010, en el auto la Sala expresamente rechaza pronunciarse sobre si la adjudicación de los múltiples implicaba el ejercicio de una potestad reglada lo que hubiera implicado la adjudicación automática.

8º Ante la contundencia del cierre de los canales adjudicados y que llevaban emitiendo varios años y ante el alegato de las operadoras de que tal consecuencia implica la quiebra de los principios de confianza legítima y buena fe, es por lo que la Sala apunta el camino de la responsabilidad patrimonial para compensar un efecto inevitable porque la Ley 7/2010 - que identifica como la causante - carece de una disposición transitoria que contemple la situación jurídica de los operadores acogidos a los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010.

**NOVENO.-** Comenzando así el enjuiciamiento de la posible responsabilidad del Estado legislador, la demandante sigue el camino sugerido por el auto y la fundamenta en una omisión legislativa: la Ley 7/2010 no previó una disposición transitoria que regulase su situación, como la de las otras operadoras, todas afectadas por la derogación tácita de los Reales Decretos que daban cobertura a la adjudicación del múltiple digital; y a tal efecto es cosa juzgada que las disposiciones transitorias de la Ley 7/2010, en efecto, no regularon esa situación. Pues bien, dos son las razones por las que no cabe apreciar esa responsabilidad y que se desarrollan en los siguientes Fundamentos de Derecho: una, por inexistencia de infracción de norma de rango superior y otra porque, en todo caso, no concurren los elementos de la responsabilidad patrimonial.

**DÉCIMO.-** El primer aspecto exige determinar cuándo una omisión normativa es capaz de generar responsabilidad patrimonial. En este punto cabe indicar que esa omisión o vacío normativo como paradigma de funcionamiento anormal en este caso del legislador, aparte de causar un daño resarcible y antijurídico, debe suponer la infracción de una norma, en especial de rango superior, y de la que se deduzca la exigibilidad de una regulación. La demandante apela genéricamente a la buena fe y a la confianza legítima que habrían quedado frustradas por esa omisión del legislador, pero no por razón de un concreto mandato siendo, además, significativo que no haya manifestado duda alguna ni sobre la constitucionalidad de la Ley 7/2010 ni sobre su compatibilidad con derecho de la Unión Europea.

**UNDÉCIMO.-** No obstante la jurisprudencia de esta Sala tiene dicho de antiguo (vgr. sentencia de la Sección Sexta de esta Sala de 7 de febrero de 1998, recurso contencioso-administrativo 327/1993), siguiendo a la sentencia del Tribunal Constitucional 28/1997, que puede haber responsabilidad del Estado legislador por actos legislativos no expropiatorios carentes de previsión indemnizatoria o compensatoria y sin que hayan sido declarados inconstitucionales o contrarios al derecho de la Unión Europea. En estos casos lo determinante es que la ley contenga una previsión contraria a la confianza legítima, que implique el



sacrificio patrimonial singular de derechos legítimos y en el que concurren los elementos propios de toda responsabilidad patrimonial, en especial la antijuridicidad.

**DUODÉCIMO.-** Desde esta segunda posibilidad, siempre sin olvidar que la pretensión indemnizatoria se basa en la omisión del legislador consistente en que la Ley 7/2010 no previó una disposición transitoria que regulase la situación jurídica de las operadoras, antiguas concesionarias, tras el apagón analógico, también se desestima la demanda por las razones que seguidamente se exponen:

1º Es cierto que el planteamiento de la demandante se basa en que siempre actuó al amparo de la confianza que le generó una normativa reglamentaria que, dentro de las políticas de fomento e impulso de la tecnología digital, preveían la asignación de múltiples digitales a las operadoras tras el apagón analógico; que esa adjudicación directa fuese una suerte de compensación por las aportaciones de las operadoras a la transición de la tecnología analógica a la digital es, en este pleito, un alegato que hace la demandante no reconocido por la Administración ni es deducible de un antecedente que, expresamente, así lo diga.

2º Sin embargo esas previsiones se vieron frustradas - no sin antes emitir hasta el 6 de mayo de 2014 - no por una determinación expresa de la Ley 7/2010, que cercenase derechos consolidados, sino por una omisión del legislador y por razón de la interpretación que hizo a posteriori esta Sala más de dos años después.

3º En los primeros meses de 2010 se tramitaron casi simultáneamente, entrelazadas, dos iniciativas normativas - la Ley 7/2010 y el Real Decreto 365/2010, ligado éste al Real Decreto 944/2005 - sin que nadie advirtiese que se estaba elaborando una normativa contradictoria: ni Administración, ni el Consejo de Estado, ni el Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, ni el legislador ni, en fin, los propios operadores tanto a título individual como a través del Consejo Asesor. Para todos era cuestión pacífica que ambos cuerpos normativos eran compatibles, luego de esa confianza legítima participaban todos.

4º Por tanto, era inexigible al legislador que en la Ley 7/2010 contemplase un régimen transitorio concreto para las operadoras acogidas a la disposición adicional Tercera.1 del Real Decreto 944/2005, máxime si esa ley no acordaba expresamente el sacrificio de derechos preexistentes. Será en un pleito complejo seguido de una ejecución con incidencias no menos complejas, cuando esta Sala dos años después de entrar en vigor la Ley 7/2010 interprete todo ese conjunto normativo y concluya que esas normas reglamentarias fueron tácitamente derogadas por la ley.

5º Lo dicho afecta a ciertos elementos integrantes de toda responsabilidad patrimonial. Así esa conciencia común sobre la compatibilidad de la normativa legal y reglamentaria a la que se ha hecho referencia, afecta a la relación de causalidad pues la gestación del evento dañoso - la Ley 7/2010 - no fue merecedora de objeción alguna por los perjudicados, a lo que se añade - y se repite - que la causa de ese daño, por omisión del legislador, procede de la interpretación que hace esta Sala de la ley.

6º Debe así resaltarse en este aspecto la especial posición jurídica de las pocas operadoras perjudicadas, apenas seis, verdaderos administrados cualificados de los que cabe presumir - sin riesgo - el conocimiento de una normativa que no objetaron, que les beneficiaba y conforme a la cual pudieron emitir hasta el cierre de los canales, a diferencia de aquellos otros - también perjudicados - privados de la posibilidad concurrir a un concurso al menos hasta 2014.

7º El acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 nunca fue firme y acabó anulándose, luego al actuar las operadoras con base en un acto de vida interina o provisional les era exigible el deber jurídico de soportar las consecuencias de esa interinidad: como acto impugnable fue recurrido el 7 de octubre de 2010 por Infraestructuras y Gestión 2002, S.L., luego era susceptible de anularse y así fue tras un pleito, repetimos, complejo y no por una ilegalidad manifiesta o grosera.

8º Sin embargo bajo esa situación de interinidad las entidades luego fusionadas en la demandante asumieron el riesgo de ir poniendo en marcha los canales finalmente cerrados, unos aún abierto el plazo para recurrir el acuerdo del Consejo de Ministros - Nitro y Xplora empezaron sus emisiones el 23 de agosto y 1 de octubre de 2010 respectivamente - y otras como La Sexta 3 ya superado ese plazo y con el acuerdo impugnado, iniciando sus emisiones el 1 de noviembre de 2010.

**DECIMOTERCERO.-** A la anterior circunstancia hay que añadir otra que impide apreciar la responsabilidad del Estado legislador porque, ciertamente el daño concretado en el cierre de sus tres canales se ha producido, ahora bien, si la causa del daño está en la Ley 7/2010, lo cierto es que al tiempo de entrar en vigor - el 1 de mayo de 2010 - no había un derecho adquirido, perfeccionado, patrimonializado sino en gestación, es decir, una expectativa de derecho. Esto es así por las siguientes razones :

1º Ante todo debe recordarse que es jurisprudencia de esta Sala que « *la clave para apreciar la responsabilidad por acto legislativo, está en la apreciación de que los daños ocasionados sean de naturaleza especial, y que no se*



*traten de meras expectativas de derecho. En definitiva, es preciso que exista un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable* » (sentencia de esta Sección Cuarta de 25 de enero de 2011, recurso contencioso-administrativo 260/2009).

2º La disposición adicional Tercera.1 del Real Decreto 944/2005 preveía en términos imperativos - se "accederá" - el acceso al múltiple digital por parte de las operadoras tras el apagón analógico, ahora bien esa consecuencia imperativa no era automática: estaba condicionada a que mediase una solicitud y - aquí está lo relevante - tal adjudicación procedería *« siempre que se acredite el cumplimiento de las condiciones establecidas...en la disposición transitoria cuarta para el impulso y desarrollo de la televisión digital terrestre »*.

3º Esa idea ya estaba presente en el dictamen 1241/2005 del Consejo de Estado a lo que luego fue el Real Decreto 944/2005 en que afirmó que *« El segundo "escenario" [el previsto en la disposición adicional Tercera.1] comienza con el cese de las emisiones con tecnología analógica y en él se van consolidando los derechos de las sociedades concesionarias ya existentes »*.

4º A ese condicionante de la referida disposición adicional Tercera.1 - "siempre que se acredite" - y a esa idea que apuntó el Consejo de Estado - "se van consolidando derechos" - se añadía el acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2010 que al glosar la disposición adicional Tercera.1 añadía la expresión "si procede o no" la adjudicación del múltiple digital. En concreto decía que *« El análisis sobre el cumplimiento por las sociedades concesionarias de los compromisos de impulso y desarrollo de la televisión digital terrestre y, por tanto, la determinación de si procede o no la asignación del múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades concesionarias será objeto de un nuevo procedimiento administrativo "ad hoc" »*.

5º A este panorama hay que añadir la interpretación hecha por la sentencia de 27 de noviembre de 2012, que considera que lo que contemplaban los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010 eran expectativas de derechos, expectativas ajenas al contenido de las concesiones preexistentes que sí es objeto de regulación en la Ley 7/2010, en su disposición transitoria segunda. Tal punto es ya cosa juzgada como lo es - y esto es relevante - que esta Sala no viese óbice en el hecho de que Antena 3 y La Sexta presentasen sus solicitudes durante el periodo de *vacatio legis* de la Ley 7/2010, es decir, entre el 1 de abril y el 1 de mayo de 2010.

6º El auto de 18 de diciembre de 2013 insiste en esta idea al delimitar el alcance del fallo anulatorio de la sentencia. Afirma así que ese fallo no alcanza a los canales cuyo título habilitante era anterior al acuerdo que anula y rechaza que los que autoriza respondiesen a una situación jurídica consolidada. Añade que los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010 regulaban un régimen de transición de la tecnología analógica a la digital pero rechaza *« que dichas previsiones supusieran la adscripción efectiva de tales múltiples, de forma que los mismos pudieran ser considerados derechos consolidados en el patrimonio de las sociedades concesionarias »*.

7º En fin, frente a lo sostenido ahora por la demandante, en ese auto la Sala no entró a juzgar en sede del incidente de ejecución sobre si la asignación de los múltiples digitales hubiera sido obligada - automática y reglada - de no haber entrado en vigor la Ley 7/2010: las licenciatarias consideraron que los reales decretos preveían un procedimiento reglado sobre la base de la solicitud de asignación del múltiple y acreditación del cumplimiento de las condiciones de la disposición transitoria Cuarta del Real Decreto 944/2005. Pues bien, tal alegato lo despacha el auto afirmando que *« esta Sala no se ha pronunciado sobre tal cuestión, puesto que la ratio decidendi del fallo anulatorio que es preciso ejecutar se debe, como se ha reiterado en varias ocasiones, a razones ajenas a dicha problemática »*.

**DECIMOCUARTO.**- Rechazado que concurra la responsabilidad del Estado legislador, la demandante se separa del parecer de la Sección Tercera de esta Sala y añade que no sólo es causa del daño la Ley 7/2010 sino también la Administración y ésta en dos aspectos. Primero, porque ejercitando su potestad de iniciativa legislativa promovió una ley incompatible con la normativa reglamentaria que había aprobado y estaba aplicando (los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010) es decir: crea un escenario reglamentario que luego frustra con la ley que un órgano suyo - el Consejo de Ministros - promueve, perjudicando derechos que ya había reconocido. En segundo lugar - y aquí está el grueso de su planteamiento - por el retraso en resolver la solicitud de acceso al múltiple digital: si se hubiera resuelto la solicitud de adjudicación antes del 1 de mayo de 2010 - fecha de entrada en vigor de la Ley 7/2010 - ningún daño hubiera causado la derogación tácita de las normas reglamentarias que apreció la sentencia de 27 de noviembre de 2012 y que servían de cobertura a la adjudicación.

**DECIMOQUINTO.**- El primer aspecto se rechaza pues no tiene otro sentido más allá de esa lógica antes expuesta de plantear un panorama de responsabilidad global, indistinta e indefinida - concurrente para la demandante - de los poderes públicos. Ya se ha dicho que una vez que el Gobierno aprueba un proyecto de ley y lo remite a las Cortes Generales se está en el terreno del legislativo, responsable de lo finalmente legislado, luego ese cambio radical que supuso la Ley 7/2010 - en expresión de la sentencia de esta Sala - sólo



es atribuible al legislador, aun cuando lo hubiese proyectado quien ejercía la potestad de iniciativa legislativa pues al aprobarlo el legislativo hizo suyo lo proyectado. De entenderse lo contrario siempre habría una corresponsabilidad patrimonial del Gobierno por aquellas previsiones legales, generadoras de responsabilidad patrimonial del Estado legislador, cuando ya vinieren previstas en el proyecto remitido a las Cortes.

**DECIMOSEXTO.-** El segundo aspecto del planteamiento de la demandante se basa en una suerte de dilación indebida en la adjudicación del múltiple digital. Según la demandante, de conformidad con la disposición transitoria Cuarta en relación con la disposición adicional Tercera.1 ambas del Real Decreto 944/2005, la Administración una vez recibidas las solicitudes de adjudicación del múltiple digital de cobertura estatal sólo tenía que constatar el cumplimiento de obligaciones y compromisos previstos en la disposición transitoria Cuarta; además esa información la tenía gracias a los informes periódicos que las operadoras remitían desde 2005 y - añade - según se deduce del auto de esta Sala de 18 de diciembre de 2013, tales normas apoderaban a la Administración para ejercer una potestad reglada, de mera constatación.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Este segundo planteamiento también se rechaza por lo siguiente:

1º Porque de nuevo hay que recordar que al tiempo de instarse y resolverse sobre la solicitud de adjudicación del múltiple digital, tanto las distintas operadoras beneficiadas - entre ellas las luego fusionadas en la demandante - como la Administración y ahora ya el legislador, estaban en la convicción de que no había incompatibilidad entre la Ley 7/2010 y los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010, luego no era urgente acelerar el procedimiento de adjudicación para concluirlo antes del 1 de mayo.

2º En todo caso las solicitudes de las operadoras se presentaron tras dictarse el acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2010 ya citado, en este caso La Sexta lo hizo el 7 de abril y Antena 3 el 22 de abril. Como la demandante sostiene que deberían haberse resuelto antes del 1 de mayo, esto implica que la solicitud de La Sexta debió resolverse en apenas veinte días hábiles y la de Antena 3 en seis días hábiles.

3º Frente a esa celeridad que ahora se exige para que se resolviesen las solicitudes en esos plazos tan breves cabe oponer - como señala el Consejo de Estado - que el Real Decreto 365/2010 no regulaba un procedimiento específico, por lo que en cuanto a plazos y trámites se siguieron las reglas generales de la Ley 30/1992 que prevé un plazo general de tres meses (artículo 42.3), que fue el que se siguió y cumplió.

4º Ligado a lo anterior hay que destacar que las entidades ahora fusionadas en la demandante, no instaron que sus solicitudes se resolviesen con urgencia ( artículo 50.1, Ley 30/1992 ), precisamente por razón de lo expuesto en el anterior punto 1º: porque no concebían que fuera exigible a la Administración otra conducta que la realmente observada, luego siguiendo la lógica de la demandante las operadoras solicitantes fueron concausa de lo que ya a posteriori califica como de dilación.

5º Añádase a lo dicho que todos los acuerdos adoptados en esta materia, los ha dictado el Consejo de Ministros resolviendo para todas las operadoras y que la última solicitud se presentó el 14 de mayo, ya en vigor la Ley 7/2010. Añádase también que al no regularse, como se ha dicho ya, en el Real Decreto 365/2010 un procedimiento específico, en especial con unos plazos, no cabía exigir ni a los operadores un plazo para solicitar ni a la Administración otro plazo para resolver todas las solicitudes que no fuese el máximo de tres meses ya mencionado.

6º Como señala la Abogacía del Estado, que desde 2005 se hubiese venido acreditando el cumplimiento de las obligaciones y compromisos previstos en la disposición transitoria Cuarta del Real Decreto 944/2005, no eximía de acreditarlos ya para la finalidad prevista en su disposición adicional Tercera. 1. Al ser exigible un juicio de verificación y examen, las justificaciones hechas desde 2005 y 2010 tenían como finalidad acreditar periódicamente el cumplimiento de unos compromisos asumidos a lo largo del periodo de progresiva implantación de la tecnología digital hasta el apagón analógico, dentro de la lógica de unas medidas de impulso hacia la tecnología digital. Producido el apagón, lo que era objeto de comprobación ya tenía por objetivo acreditar la capacidad para cumplir unas condiciones para emitir en los nuevos canales del múltiple. Y como señala la Abogacía del Estado, hay extremos de esa verificación que exigían un juicio valorativo, no una mera constatación automática.

7º En fin, nada de lo dicho era novedoso para las operadoras pues ya en el acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de marzo de 2010, de renovación de las antiguas concesiones, se les decía que la aplicación de la disposición adicional Tercera.1 del Real Decreto 944/2005 en relación con Real Decreto 365/2010 sería objeto de procedimiento *ad hoc* cuya finalidad era constatar - luego no adjudicar directamente - que no concurrían impedimentos, luego cumplían las obligaciones exigibles conforme a la disposición transitoria Cuarta Real Decreto 944/2005, criterio que reitera el acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de junio de 2010 sobre conversión de las concesiones en licencias.



8º Finalmente frente a lo que sostiene la demanda debe aclararse que esa dilación en resolver las solicitudes que ahora se alega, en buena medida se basa en un futuro sobre el que se pronunció el auto de esta Sala, pero para rechazarlo: los operadores sostuvieron en aquel incidente de ejecución de la sentencia que, de no haber existido la Ley 7/2010, se les hubieran adjudicado los canales de múltiple de forma reglada, alegato sobre el que la Sala rechazó pronunciarse por tratarse de una cuestión ajena al incidente.

**DECIMOCTAVO.-** En consecuencia y por razón de todo lo expuesto se desestima la demanda sin necesidad de entrar en la determinación del daño resarcible y su cuantificación. Consecuencia de esta desestimación es que de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA se hace imposición de costas a la parte demandante por rechazarse todas sus pretensiones. Y, al amparo del artículo 139.3 de la LJCA las costas procesales, por todos los conceptos, no podrán exceder de 4000 euros.

## FALLO

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

**PRIMERO.-** Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de **ATRESMEDIA CORPORACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN, S.A.** contra las resoluciones reseñadas en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos que son conformes a Derecho, confirmándolas.

**SEGUNDO.-** Se hace imposición de las costas en la forma expuesta en el último Fundamento de Derecho de esta Sentencia.

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

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.