

ANTECEDENTES: DE LA TECNOLOGÍA ANALÓGICA A LA DIGITAL

Por tanto, en 1989, con la entonces existente tecnología analógica, surgieron los 3 primeros canales de televisión privada de ámbito nacional que, mediante concurso público, tal como exigía ya aquella primera legislación, fueron adjudicadas las respectivas concesiones a Antena 3, Tele5 y Sogecable, si bien este último canal se otorgó para emisiones de acceso condicional, con limitadísimas ventanas “en abierto”, para desarrollar un modelo de televisión “de pago” no comercial. Las concesiones se renovarían posteriormente en el año 2000.

Posteriormente, en noviembre del año 2000, dos nuevos canales fueron adjudicados también mediante concurso público, al Grupo liderado por Vocento (NET TV) y al Grupo liderado por UNEDISA, editora de El Mundo (Veo TV), aunque lo fue sólo para la emisión con la incipiente tecnología digital terrestre, no en analógico, pues se entendía que ya no había capacidad técnica para otorgar nuevos canales analógicos, y eso a pesar de que la penetración de la TDT en el año 2000 era prácticamente nula, aunque por entonces se esperaba una inminente y rápida implantación de la mano de la novedosa, pero finalmente fracasada, plataforma de contenidos “Quiero TV”.

En 2005, el gobierno socialista decidió regular el proceso de transición de la tecnología analógica a la digital, y tomó una serie de decisiones que tendrían importantes consecuencias para las televisiones privadas ya establecidas. Se decidió suprimir el límite legal de 3 concesionarios que establecía la Ley 10/88, permitir la incorporación de un nuevo canal analógico de televisión nacional (el que a finales de 2005 sería adjudicado a La Sexta) y permitió a Sogecable modificar su concesión para poder emitir en abierto las 24 horas, naciendo así “Cuatro”.

Lo anterior suponía una grave amenaza, sobre todo para Antena 3 y Tele 5, que hasta ese momento se repartían la práctica totalidad del mercado publicitario televisivo, las cuales amenazaron con iniciar acciones judiciales, al igual que también lo hicieron Vocento (Net TV) y Unedisa (Veo TV) que emitían exclusivamente en digital. Por ello, el Gobierno hubo de buscar una fórmula para compensar a las mismas de alguna manera y aprovechando que la nueva tecnología multiplicaba la capacidad del espectro radioeléctrico y en el mismo espacio se podían emitir más canales de televisión, decidió, a través de la DTª 4ª del RD 944/2005 (en la que se regulaba la fase de transición de tecnología hasta el cese de emisiones en analógico), utilizar la dudosa fórmula de la “ampliación de la concesión” (para con ello evitar el procedimiento de licitación pública previsto en la aludida Ley 10/1988 de 3 de mayo) y bajo la excusa de un “imperioso interés público” derivado de la implantación de la tecnología digital, amplió el contenido concesional de las televisiones existentes con dos canales adicionales más a Antena 3, Tele 5 y Sogecable y con un canal más a Veo TV y Net TV, y de esta forma se blindaba la posición de las televisiones pues ni uno solo de los nuevos canales asignados sería puesto en el mercado mediante el correspondiente concurso público evitando así el acceso de nuevos potenciales competidores que molestara a los ya existentes.

La figura de la “ampliación de la concesión” por la que fueron asignados sin concurso estos canales adicionales fue avalada por el Tribunal Supremo mediante sentencia de fecha 2 de junio de 2009, que precisamente la justificó por aquellas “imperiosas” razones de interés público basadas en el tránsito de la tecnología analógica a la digital, destacando su limitación temporal hasta que concluyera ese escenario de transición tecnológica que debía producirse antes del 1 de abril de 2010, fecha en que estaba fijado el denominado como “apagón

analógico”. No obstante lo anterior, dicha sentencia fue bastante discutida, pues dos de los magistrados del Tribunal Supremo incluyeron sendos votos particulares mostrándose de acuerdo con la parte recurrente al considerar inexistente ese “interés general” que justificara la excepción de adjudicar directamente, aunque solo fuera provisionalmente, aquellos canales digitales adicionales sin mediar concurso público.

ORIGEN Y OBJETO DEL PROCEDIMIENTO QUE DA LUGAR A LA STS DE 27/11/2012:

El ya citado RD 944/2005 también se encargó de regular, mediante su Disposición Adicional 3ª, el escenario que habría de tener lugar a partir del 3 de abril de 2010, fecha de la desaparición de las emisiones con tecnología analógica. En esta segunda fase, las televisiones mantendrían su canal originario y se beneficiarían de la adjudicación directa, sin mediar tampoco ningún concurso público, de tres ulteriores canales hasta llegar a gestionar íntegramente un múltiplex completo.

Se consumaría así un escenario en el que los seis concesionarios originales se adjudicarían directamente toda la capacidad adicional (24 canales nuevos; cuatro múltiplex cada uno) que la nueva tecnología TDT propiciaba, sin que, una vez más, nuevos actores pudiesen beneficiarse de dicha multiplicación, a no ser como simples arrendatarios en una débil posición frente a los verdaderos titulares de los nuevos canales, los tradicionales operadores privados.

No obstante, llegó el 3 de abril y el Consejo de Ministros no había adoptado medida alguna para adjudicar definitivamente los nuevos canales digitales. Es más, las adjudicaciones provisionales de la primera fase, realizadas con carácter “temporal y excepcional” según interpretó el Tribunal Supremo en la aludida sentencia de 2 de julio de 2009, ya se habían extinguido en el mismo momento en que se materializó el llamado “apagón analógico”, definitivamente completado el 2 de abril de 2010.

En este contexto, el 1 de mayo de 2010 entró en vigor la nueva Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual y el Consejo de Ministros seguía sin haber adjudicado los nuevos canales previstos en la DA 3 del RD 944/2005.

La nueva Ley supuso un radical cambio en la legislación sectorial. En primer lugar, los tradicionales servicios de televisión y radiodifusión se rebautizaron como “servicios de comunicación audiovisual”, dejando de ser clasificados como “servicio público esencial” para pasar a ser “servicios de interés general”, un régimen más liviano que ha permitido acabar con el tradicional y rígido régimen concesional para su explotación privada, sustituyéndolo por otro mucho menos discrecional e intervencionista basado en simples comunicaciones administrativas previas al inicio de la actividad, aunque con la excepción de exigir una licencia administrativa cuando la modalidad del servicio audiovisual requiera el uso del espectro público radioeléctrico, como es el caso de la TDT o la radiodifusión; en estos casos de masiva difusión pública y consiguiente interés económico y político, se mantenía la exigencia de su asignación mediante concurso público para obtener la preceptiva licencia de actividad que, a su vez llevará asociada la concesión demanial del uso del imprescindible dominio público radioeléctrico.