

ANEXO II

Aplicación informática Plan Profarma

I. Datos generales e industriales de la empresa

- I.1 Identificación.
- I.2 Sede Social.
- I.3 Actividad.
- I.4 Auditorias y cumplimiento de buenas prácticas.
- I.5 Centros de investigación y equipamiento.
- I.6 Centros de producción.
 - I.6.1 Intercambio de fabricación y licencias.
 - I.6.2 Fabricación de materias primas y principios activos.
 - I.6.3 Fabricación de especialidades.
 - I.6.4 Comercialización.

II. Datos económicos

- II.1 Personal.
- II.2 Balance.
- II.3 Actividad comercial: Ventas.
- II.4 Actividad comercial: Compras.
- II.5 Balanza de pagos.
- II.6 Cuenta de resultados.
- II.7 Distribución de resultados.
- II.8 Inversiones.
- II.9 Gastos I+D.
- II.10 Financiación I+D

III. Investigación y desarrollo (relación de proyectos)

- III.1 Identificación.
- III.2 Fases y gastos de investigación.
- III.3 Investigación concertada: Estudios preclínicos.
- III.4 Investigación concertada: Estudios clínicos.

IV. Anexos

- IV.1 Patentes.
- IV.2 Registro de moléculas

13182 RESOLUCIÓN de 29 de julio de 2005, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 29 de julio de 2005, de modificación del contrato concesional con Sogecable, S.A., para la prestación del servicio público de televisión.

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 29 de julio de 2005, adoptó un Acuerdo de modificación del contrato concesional con Sogecable, S.A., para la prestación del servicio público de televisión.

En consecuencia y en virtud del citado acuerdo he resuelto disponer la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del referido Acuerdo del Consejo de Ministros, que figura como Anexo a la presente Resolución.

Madrid, 29 de julio de 2005.—El Secretario de Estado, Francisco Ros Perán.

ANEXO

Acuerdo de modificación del contrato concesional con Sogecable S. A., para la prestación del servicio público de televisión

I. Antecedentes de hecho

Primero.—La entidad «Sociedad de Televisión Canal Plus, S.A.», hoy «Sogecable, S.A.», resultó adjudicataria de una concesión administrativa para la prestación del servicio público de televisión en gestión indirecta, según Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de agosto de 1989, una vez resuelto el concurso previamente convocado para la adjudicación de este servicio, cuyo Pliego de Bases fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 1989.

El contrato concesional fue formalizado entre el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones y la entidad adjudicataria el día 3 de octubre de 1989, por un plazo de diez años, renovable por periodos iguales de tiempo.

Por otro lado, en virtud de lo establecido en las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, que aprobó el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal, la citada

Entidad, como concesionaria del servicio público esencial de televisión, accedió a un programa dentro de un canal múltiple digital, lo que se hizo constar en el mencionado contrato de renovación de la concesión, estipulando la cláusula quinta que «la concesionaria se compromete a emitir un programa empleando tecnología digital, en un plazo no superior a dos años a contar desde el 3 de abril de 2000».

La concesión se renovó mediante contrato suscrito por ambas partes el día 18 de junio de 2001, previo Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 10 de marzo de 2000. En ella se indicó que Sogecable mantendría el régimen de concesión, tanto en la explotación del canal analógico como en la del programa digital.

Segundo.—El apartado segundo de la cláusula séptima del contrato firmado el 3 de octubre de 1989 estipula que «la Sociedad concesionaria se compromete desde el comienzo oficial de sus emisiones, a emitir durante seis horas en sistema abierto, y el resto codificado hasta completar, en el plazo máximo de seis meses, las veinticuatro horas de programación ofrecida». Por su parte, en el segundo párrafo de la cláusula primera del contrato administrativo de renovación de la concesión, se establece que «la renovación de la concesión se hace, exactamente, en las mismas condiciones contenidas en los contratos que vincularon al Estado con la sociedad concesionaria». En consecuencia, permaneció inalterada la estipulación relativa al tiempo de emisión en abierto y en codificado.

La modalidad de emisión a la que se comprometió la concesionaria (emisión en codificado, previo pago de una cuota de abonado), no aparece recogida en el régimen normativo aplicable a la concesión. Ni la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, ni el Plan Técnico Nacional de Televisión Privada, aprobado por Real Decreto 1362/1988, de 11 de noviembre, ni el Pliego de Bases del concurso, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 1989, prevén nada al respecto.

La incorporación de esta cláusula al contrato derivó de los términos concretos de la oferta presentada por la Sociedad.

Tercero.—El día 22 de febrero de 2005 se presenta en el Registro del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio escrito de la misma fecha, firmado por D. Javier Díez de Polanco en nombre y representación de Sogecable, S.A., con domicilio a efectos de notificaciones en Avda. de los Artesanos, n.º 6, Tres Cantos, 28760 Madrid, mediante el que solicita del Ministro de Industria, Turismo y Comercio «la modificación del contrato concesional suscrito el 3 de octubre de 1989, entre el Ministro de Transportes, Turismo y Comunicaciones, de un lado, y Sogecable, de otro, así como las resoluciones concordantes, en lo que se refiere a la supresión de la limitación de emitir en abierto solamente seis horas diarias, y previos los trámites legales oportunos, y en su caso con aplicación del artículo 80.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si se da la circunstancia en él prevista, acuerde la modificación del contrato en los términos que se proponen por razones de interés público y para restablecer el equilibrio económico del contrato, por ser todo ello de justicia».

Cuarto.—El escrito presentado por Sogecable, tras una exposición de Antecedentes sobre circunstancias acaecidas desde la firma del contrato concesional hasta la actualidad, fundamenta la petición en las siguientes alegaciones:

Primera: Necesidad de modificar una concesión cuando se han producido circunstancias que alteran el equilibrio de la misma.

Sogecable considera que se le han ocasionado perjuicios a los que no es ajena la Administración, sino que han sido provocados por una alteración radical de las condiciones legales bajo las que se hizo la oferta inicial y la posterior prórroga de la concesión. Se invoca el dictamen del Consejo de Estado 1531/2003, para argumentar que la modificación del contrato es exigible por el propio contratista, si el cambio de las circunstancias ha sido provocado ya sea por la propia Administración contratante, ya sea por el Estado del que aquélla forma parte. Se estima que existe responsabilidad de los poderes públicos en la subsanación del status quo existente al tiempo de otorgarse la concesión.

Segunda: la concurrencia de razones de interés público hace necesario modificar la condición del contrato concesional relativa a la limitación a seis horas de las emisiones en abierto que puede recibir cualquier residente en nuestro país.

En primer lugar se argumenta que, en la actualidad, la televisión de acceso condicional no puede prestarse a través de ondas terrestres o terrenales, siendo las ofertas de televisión por satélite o por cable el instrumento adecuado para ese acceso condicional, pues permiten acceder a muchos programas de televisión, e incluso a otros servicios. Asimismo, el número de abonados a una televisión de acceso condicional para ver un solo programa disminuye a medida que se multiplican los canales en abierto a los que se puede acceder de forma libre y gratuita. Sogecable considera que el Gobierno ha reconocido este planteamiento al presentar el Proyecto de Ley de medidas urgentes para el impulso de la televisión digital terrestre, de liberalización de la televisión por cable y de fomento del pluralismo, y al anunciar su intención de repartir entre varios opera-

dores, todos en abierto, la capacidad de difundir los programas anteriormente concedidos a Quiero TV.

En segundo lugar se expone que el mantenimiento de la prohibición de emitir más de seis horas en abierto en esas circunstancias supone una utilización ineficiente de las frecuencias. La frecuencia que se dedica a un colectivo cada vez más reducido de abonados implica dejar al resto de personas, es decir la gran mayoría, sin capacidad de disponer de un programa más, lo que ocasiona perjuicios ciertos para el interés público. Lo que en su día tenía sentido, hoy se ha visto superado por la aparición de otros soportes tecnológicos que permiten desplegar una televisión de pago con oferta casi ilimitada de programas, por lo que el espectro radioeléctrico, que constituye un bien escaso, debe servir de soporte para televisión en abierto, en aras de su utilización eficiente.

Por último, se alega que la modificación contractual solicitada supone un reforzamiento del derecho a la información, así como una manera de fomentar el pluralismo.

Tercera: La necesidad de garantizar el equilibrio económico-financiero de la concesión hace necesario modificarla.

Sogecable considera que hay que restablecer ese equilibrio, cuya alteración no es debida a los riesgos que normalmente debe asumir un contratista, sino a las modificaciones introducidas en el cuadro normativo vigente en el momento de la concesión. La autorización de nuevas modalidades de distribución, efectivas a partir de 1997, y especialmente en los últimos cinco años, son la causa del actual desequilibrio (disminución paulatina del número de abonados); la actuación de la Administración ha ocasionado un perjuicio a Sogecable que debe ser reparado, pues se han alterado las condiciones bajo las que se hizo la oferta.

Es en este momento, incluso después de la prórroga de la concesión inicial, cuando Sogecable considera que se hace evidente la irreversibilidad de las alteraciones producidas, dado que además se sigue profundizando en una línea legislativa que agudizará aún más el desequilibrio de la concesión en sus actuales términos.

Cuarta: Alcance de la supresión de la limitación de horas de emisión en abierto.

Se expone que la modificación solicitada resulta factible, por cuanto que ni la Ley de Televisión Privada, ni el Pliego de Bases, establecían exigencias específicas en esta materia, más allá de la obligación de los concesionarios de emitir un mínimo de 4 horas diarias y 32 semanales, sin precisar si debía tratarse de emisión en abierto o codificado. Por ello se considera que la obligación cuya modificación se solicita no es una obligación esencial, sino que deriva de la oferta misma del licitador, en un escenario ahora alterado por el Estado, que hace inviable el cumplimiento de una cláusula no esencial.

Quinta: Sogecable ha contribuido al desarrollo del mercado de la televisión de pago en España con el lanzamiento de su oferta de televisión de pago monocal.

Se alega que Sogecable ha cumplido escrupulosamente con las condiciones del contrato concesional y que ha sido el motor del desarrollo del mercado de la televisión de pago en España. Su modelo ahora se ve gravemente amenazado, y considera que su petición es una legítima pretensión de un concesionario leal, que ve socavadas sus legítimas expectativas empresariales por decisiones estatales.

Sexta: La inexistencia de derechos e intereses de terceros a oponerse.

Se argumenta que, precisamente, el aspecto de la concesión que se quiere modificar es lo que la diferencia de los otros dos concesionarios, por lo que no habría motivos para oponerse a dicha modificación. No se crean desigualdades respecto de los otros adjudicatarios, ni condiciones de competencia desiguales con los mismos; lo que haría la modificación es suprimir las diferencias ahora existentes.

La incidencia en el mercado global de la publicidad es mínima, frente a la que pueda tener la multiplicación de canales que se han puesto en pie al margen de los iniciales tres concesionarios de televisión privada. En cualquier caso, no cabría alegar un perjuicio por alteración de sus expectativas publicitarias, pues al hacer sus ofertas el escenario era un mercado de publicidad repartido entre tres concesionarios. Aunque alegaran que la modificación les afecta de facto en el ámbito del mercado publicitario, tal impacto es mínimo en cuanto a la modificación que solicita Sogecable (se recuerda que el Proyecto de Ley de medidas urgentes elimina la restricción legal en la Ley de Televisión Privada del número de concesiones).

Séptima: Las concesiones de los tres adjudicatarios originarios y de los «nuevos» concesionarios de TDT han sufrido ya modificaciones impuestas unilateralmente o «acordadas» bilateralmente.

Se citan varios supuestos para demostrar que todos los concesionarios de televisión de ámbito nacional han visto modificados los títulos habilitantes iniciales, siempre con la justificación de adaptar la realidad concesional a la evolución del servicio que se presta y al mercado en el que se despliega esta actividad.

Octava: Disposiciones cuya modificación se propone.

La modificación solicitada en el contrato concesional de 3 de octubre de 1989 implicaría la de los Acuerdos del Consejo de Ministros de 25 de agosto de 1989 y de 10 de marzo de 2000, y del contrato de renovación de 18 de junio de 2001, así como de aquellas obligaciones contractuales relativas a la programación vinculadas con el carácter abierto de la misma.

Quinto.—Con fecha 8 de marzo de 2005, la Subdirección General de Medios Audiovisuales, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, envía a Sogecable comunicación acusando recibo de la recepción de dicho escrito, informando que, según el artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la apertura de un expediente de modificación de contrato constituye una prerrogativa exclusiva de la Administración, y anunciando que se procederá al estudio de las circunstancias que concurren en el caso, para el posterior inicio del preceptivo procedimiento si se considerase que existen razones de interés público.

Sexto.—El 25 de febrero de 2005 se presenta en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio escrito de la entidad «Gestevisión Telecinco, S.A.», mediante el que expone su condición de interesada en el expediente de modificación del título concesional de Sogecable, argumentando que tal modificación le afectaría gravemente en lo relativo a su posición actual en el mercado y a sus expectativas de negocio, y solicitando se le tenga por personada, dándosele vista de las actuaciones en el momento precedente a los efectos de formular alegaciones y notificándose especialmente la remisión del expediente al Consejo de Estado, para su personación ante el mismo.

Con fecha 8 de marzo de 2005, la Subdirección General de Medios Audiovisuales, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, envía a «Gestevisión Telecinco, S.A.» comunicación acusando recibo de la recepción de dicho escrito, informando que, según el artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la apertura de un expediente de modificación de contrato constituye una prerrogativa exclusiva de la Administración, y anunciando que se procederá al estudio de las circunstancias que concurren en el caso, evaluándose en el momento oportuno el derecho que pudiera asistir a la citada entidad para personarse en el procedimiento.

Séptimo.—Igualmente, el 25 de febrero de 2005, «Antena 3 Televisión, S.A.» presenta escrito de similar contenido, solicitando su personación en el expediente, la vista de las actuaciones para formular alegaciones y notificación del envío del expediente al Consejo de Estado.

También con fecha 8 de marzo de 2005, la Subdirección General de Medios Audiovisuales, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, envía a «Antena 3 Televisión, S.A.» comunicación acusando recibo de la recepción de dicho escrito, informando que, según el artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la apertura de un expediente de modificación de contrato constituye una prerrogativa exclusiva de la Administración, y anunciando que se procederá al estudio de las circunstancias que concurren en el caso, evaluándose en el momento oportuno el derecho que pudiera asistir a la citada entidad para personarse en el procedimiento.

Octavo.—Por su parte, en sendos escritos presentados con fecha 25 de febrero de 2005 y 11 de marzo de 2005 respectivamente, las entidades «Veo Televisión, S.A.» y «Sociedad Gestora de Televisión NET TV, S.A.» formulan petición de modificación de sus contratos concesionales con el Estado, para que se les asignen transitoriamente frecuencias que les permitan emitir con tecnología analógica en todo el territorio del Estado. En dichos escritos, ambas entidades solicitan mediante otrosí que sus peticiones sigan el mismo procedimiento y sean tramitadas conjuntamente con la presentada por Sogecable, debiendo ser resueltas al mismo tiempo por el Consejo de Ministros, alegando la necesidad de no perturbar el pluralismo informativo y la igualdad de oportunidades de las empresas.

Con fechas 8 y 15 de marzo de 2005 respectivamente, la Subdirección General de Medios Audiovisuales, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, envía a las entidades solicitantes comunicación acusando recibo de la recepción de sus escritos, e informando que, según el artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la apertura de un expediente de modificación de contrato constituye una prerrogativa exclusiva de la Administración. En esta misma contestación, se señala que los escritos presentados se tramitan como petición y que se procederá al estudio de las circunstancias que concurren para, en su caso, considerar o no el posterior inicio de un procedimiento de modificación del contrato.

Con fecha 19 de julio de 2005 se envían a las entidades «Veo Televisión, S.A.» y «Sociedad Gestora de Televisión NET TV, S.A.» sendas comunicaciones del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, desestimando las peticiones presentadas por éstas relativas a la modificación de sus contratos concesionales.

Noveno.—Con fecha 27 de junio de 2005 la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información dicta Acuerdo por el que se inicia el expediente de modificación del contrato, lo que se comunica a la entidad interesada mediante escrito de la misma fecha.

Décimo.—A continuación, mediante escritos de fecha 28 de junio de 2005, se comunica a las Entidades «Gestevisión Telecinco, S.A.», «Antena 3 Televisión, S.A.», «Veo Televisión, S.A.» y «Sociedad Gestora de Televisión NET TV, S.A.», que se ha procedido a dictar Acuerdo de inicio del expediente de modificación del contrato concesional de Sogecable y se les anuncia que, dada su condición de interesadas en dicho expediente, se les dará vista de las actuaciones en el momento procedimental oportuno.

Undécimo.—Con fecha 29 de junio de 2005 se solicita del Servicio de Defensa de la Competencia, del Ministerio de Economía y Hacienda, informe sobre las posibles consecuencias que la modificación del contrato de Sogecable pudiera tener en materia de defensa de la competencia. El día 15 de julio de 2005 el Servicio de Defensa de la Competencia emite el informe solicitado.

Duodécimo.—Con fecha 11 de julio de 2005, se envía propuesta de resolución a la Abogacía del Estado, solicitando informe al respecto. Dicho informe se emite y se recibe el día 19 de julio siguiente.

Decimotercero.—Con fecha 12 de julio de 2005 se comunica a todos los interesados en el expediente la apertura del trámite de audiencia, por un plazo de diez días. Las alegaciones de «Gestevisión Telecinco, S.A.», «Antena 3 de Televisión, S.A.», «Veo Televisión, S.A.» y «Sociedad Gestora de Televisión NET TV, S.A.» se reciben el día 22 de julio y las de «Sogecable, S.A.» el día 23 de julio de 2005; esta entidad manifiesta expresamente en su escrito de alegaciones «la conformidad de Sogecable con la Propuesta notificada».

Decimocuarto.—El expediente ha sido informado por el Consejo de Estado, habiendo emitido dictamen favorable con fecha 28 de julio de 2005.

II. Fundamentos de Derecho

Primero. *Principios generales de la modificación de los contratos administrativos.*—La modificación de los contratos administrativos se encuentra regulada, con carácter general, en el artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que establece que «una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente». Este precepto guarda relación con el artículo 59 del mismo texto legal, que regula las prerrogativas de la Administración, incluyendo entre éstas la modificación de los contratos por razones de interés público.

Por su parte, el artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece que «cuando sea necesario introducir alguna modificación en el contrato, se redactará la oportuna propuesta integrada por los documentos que justifiquen, describan y valoren aquélla. La aprobación por el órgano de contratación requerirá la previa audiencia del contratista y la fiscalización del gasto correspondiente».

En cuanto a las especialidades relativas a los contratos de gestión de servicios públicos, como es el caso, el artículo 163 de la citada Ley establece lo siguiente:

«1. La Administración podrá modificar, por razones de interés público, las características del servicio contratado y las tarifas que ha de ser abonadas por los usuarios.

2. Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica, el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos.»

En base a estas normas, resulta evidente que, con sujeción a las condiciones y formalidades legalmente establecidas, el órgano de contratación puede introducir modificaciones en los contratos, tratándose de una prerrogativa exclusiva de la Administración, basada en razones de interés público. No estamos por lo tanto ante un derecho del contratista.

Segundo. *Órganos competentes.*—La competencia para acordar la modificación del contrato corresponde al órgano de contratación, en este caso el Consejo de Ministros, que fue el que mediante Acuerdo de 25 de agosto de 1989 adjudicó a Sogecable la prestación del servicio, en base a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada. Asimismo, las funciones del Consejo de Ministros se encuentran reguladas en el artículo 5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno.

Las actuaciones correspondientes a la fase de instrucción competen a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, en base a las atribuciones otorgadas a los Secretarios de Estado por el artículo 14 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y en base a lo establecido por el Real Decreto 1554/2004, de 25 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, cuyo artículo 7 atribuye a la citada Secretaría de Estado el ejercicio de las distintas competencias del Departamento en materia de telecomunicaciones, medios audiovisuales y sociedad de la información.

Tercero. *Interesados en el expediente.*—En cuanto a las peticiones formuladas por «Gestevisión Telecinco, S.A.» y «Antena 3 Televisión, S.A.», hay que recordar que ambas entidades concurren conjuntamente con Sogecable al concurso convocado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 1989, y el Acuerdo del mismo órgano por el que se resolvió la adjudicación otorgó la concesión, en un mismo acto, a las tres entidades.

Aunque las ofertas presentadas, los criterios para la adjudicación y la formalización de los respectivos contratos revisten sus propias especificidades, las tres concesionarias participan de un mismo ámbito de actividad, por lo que cabe considerar que cualquier modificación que se introduzca en el contrato concesional de una de ellas puede afectar a los intereses legítimos del resto.

El artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que se consideran interesados en el procedimiento administrativo, además de quienes lo promuevan, los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que se adopte o aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Cabe considerar que estas circunstancias se dan en «Gestevisión Telecinco, S.A.» y «Antena 3 Televisión, S.A.», por lo que ostentan la condición de interesados en el expediente.

Asimismo, en base a las consideraciones expuestas en sus escritos de petición por «Veo Televisión, S.A.» y «Sociedad Gestora de Televisión NET TV, S.A.», se considera que estas dos entidades también ostentan la condición de interesadas en este expediente.

Cuarto. *Del principio de congruencia.*—Son varios los interesados que ponen de manifiesto la incongruencia de la resolución de modificación del contrato en relación con la petición. En concreto, el escrito de Sogecable solicita la modificación del contrato para emitir en abierto basándose en la necesidad de mantener el equilibrio financiero, mientras que el presente Acuerdo, si bien permite la emisión en abierto, no la justifica en base a este equilibrio y además impone nuevas obligaciones.

Sobre este aspecto tan sólo se reitera, tal y como ha quedado reflejado en los antecedentes de hecho, que la modificación de una concesión es una prerrogativa de la Administración. Por lo tanto, en el caso que nos afecta, puesto que el escrito de Sogecable no constituye el *petitum* inicial que pone en marcha el correspondiente procedimiento administrativo, no resulta afectado el principio de congruencia que invocan los afectados.

Quinto. *No acumulación con otras peticiones.*—En lo que concierne a las peticiones presentadas por «Veo Televisión, S.A.» y «Sociedad Gestora de Televisión NET TV, S.A.», relativas a la tramitación conjunta con este expediente de sus solicitudes de modificación de los respectivos contratos concesionales, se estima que no concurren en este caso las circunstancias previstas en el artículo 73 de la citada Ley 30/1992 para proceder a la acumulación de los procedimientos (identidad sustancial o íntima conexión).

Ello es así porque existe una diferencia fundamental entre las modificaciones del contrato planteadas por «Veo Televisión, S.A.» y «Sociedad Gestora de Televisión NET TV, S.A.», y la modificación a introducir en el contrato de Sogecable.

En el primero de los casos las entidades concesionarias plantean una modificación que afecta al propio pliego de bases que rigió la adjudicación, pues solicitan la asignación de frecuencias para emitir con tecnología analógica, cuando el concurso, el pliego de bases y los bienes de dominio público cuya gestión se les otorgó sólo hacían referencia a la televisión en tecnología digital terrestre.

En el caso de Sogecable, la modificación, aunque afecta sin duda a las cláusulas del contrato y a las condiciones de prestación del servicio, no incide en los bienes de dominio público objeto de concesión, ni resultan por lo tanto afectadas las bases del concurso.

Según se ha señalado anteriormente, la modalidad de emisión en codificado durante unas horas determinadas (materia objeto de la modificación en el caso de Sogecable) únicamente deriva de la oferta que presentó la Sociedad y de los términos del contrato concesional, pero nada establecían al respecto las normas reguladoras del concurso.

Sin embargo, la explotación de frecuencias en analógico en ningún momento estaba prevista en el procedimiento de adjudicación del servicio de televisión digital terrestre al que concurren «Veo Televisión, S.A.» y «Sociedad Gestora de Televisión NET TV, S.A.».

Esta diferencia fundamental en cuanto a la naturaleza de ambos tipos de modificación impide que se lleve a cabo la acumulación de los expedientes o la tramitación simultánea de los mismos, por otra parte imposible puesto que no se ha iniciado expediente de modificación de los contratos concesionales de Veo y Net.

Tal y como se ha comunicado a ambas entidades con fecha 19 de julio de 2005, no se ha procedido a la apertura del expediente de modificación de sus contratos concesionales, por lo que no resulta posible la acumulación del expediente de Sogecable con procedimientos no incoados. Asimismo cabe recordar que, según la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, un expediente de modificación contractual sólo se inicia mediante decisión adoptada de oficio por la Administración, por lo que los escritos de petición presentados por «Veo Televisión, S.A.» y «Sociedad Gestora de Televisión NET TV, S.A.» no iniciaron ningún procedimiento administrativo de modificación contractual, no siendo por lo tanto susceptibles de acumulación con otros.

Sexto. *Requisitos generales para la modificación de los contratos administrativos.*—Entrando ya en las cuestiones de fondo sobre la modificación del contrato concesional de Sogecable, ya se ha señalado anteriormente que, en base a lo dispuesto en los artículos 59 y 101 del Texto Refundido de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas, resulta necesario que existan motivos fundados de interés público para que la Administración haga efectivas las prerrogativas que a este respecto le reconoce la normativa vigente; asimismo se establece que la modificación debe obedecer a nuevas necesidades o causas técnicas imprevistas.

Sobre este «ius variandi», tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como los dictámenes del Consejo de Estado han tenido ocasión de pronunciarse en múltiples ocasiones, determinando que se trata de una prerrogativa justificada por la necesidad de poder introducir alteraciones en los contratos administrativos para adaptarlos a las necesidades públicas, al objeto de que prevalezca en todo caso el interés general, cuya salvaguarda tiene encomendada la Administración Pública por imperativo constitucional.

Es por lo tanto ese interés general el que ha de presidir en todo momento la decisión de modificar el contrato administrativo.

Séptimo. *Interés público.*—A este respecto, resulta evidente que el interés público se va a ver beneficiado por el hecho de que todos los ciudadanos, sin necesidad de contraprestación económica, puedan tener libre acceso a los contenidos y la programación de otro canal de televisión.

Hay que recordar que, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el de los países de nuestro entorno, la televisión es un servicio público esencial (artículo 1 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada) y, como tal, su finalidad ha de ser, ante todo, la de satisfacer el interés de los ciudadanos y la de contribuir, como medio de comunicación social, al pluralismo informativo, a la formación de una opinión pública libre y a la extensión de la cultura. Tales principios fueron los que inspiraron la citada Ley de Televisión Privada.

Desde esta perspectiva, y con independencia de que, en su momento, la concesión de Sogecable estipulara, en base a la oferta presentada, una modalidad de televisión caracterizada por la emisión en codificado durante un número de horas al día, es indiscutible que el acceso a la programación de esta entidad por parte de todos los ciudadanos, sin necesidad de pagar cuota de abonado, repercute en beneficio del público, pues todos los hogares verán automáticamente ampliada la oferta televisiva de la que actualmente disponen, quedando cubiertos un número de ciudadanos mucho mayor que el actual.

Se produce por lo tanto la extensión de un servicio público como es la televisión, sin que ello suponga además la necesidad de incrementar los bienes de dominio público (recurso escaso) utilizados para las emisiones, pues únicamente se elimina la restricción de emitir en abierto sólo durante seis horas al día, pero utilizando la concesionaria los mismos bienes de dominio público (espectro radioeléctrico) que ya fueron objeto de concesión.

En este sentido, también cabría hablar incluso de un mejor aprovechamiento del dominio público, por naturaleza escaso, pues se permite, utilizando las mismas frecuencias ya asignadas, que todas las personas tengan pleno acceso a otro canal de televisión.

En definitiva, se produce una ampliación de la oferta televisiva en todos los hogares, lo que se traduce también en un incremento del pluralismo, por supuesto desde el punto de vista informativo y de la libre formación de la opinión pública, pero también en cuanto a la extensión de la cultura y el entretenimiento. Este beneficio para el pluralismo también contribuye al interés público.

En relación con el interés público que debe concurrir en toda modificación de contrato concesional, los interesados, salvo Sogecable, han manifestado en el trámite de audiencia la omisión de determinados deta-

lles esenciales. Se trata, en particular, de que la adjudicación del contrato a Sogecable en el año 1989 se hizo en perjuicio de la oferta presentada por Univisión Canal 1, que había ofertado la explotación de un canal en abierto. El informe de la Mesa de Contratación valoró positivamente en la oferta de Sogecable «la mejoría de las posibilidades de acceso al mercado publicitario de los otros dos concesionarios». En la desestimación del recurso presentado por Univisión Canal 1 se insiste de nuevo en la valoración favorable del sistema de financiación a través del abono, presentado por Canal +. En la impugnación jurisdiccional del Acuerdo del Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de septiembre de 1997, señaló que «para conseguir favorecer el equilibrio financiero y una diversificación de las fuentes de financiación del sistema español de televisión en su conjunto, la existencia de un canal financiado mediante el abono por suscripción constituye una alternativa que debe ser favorablemente evaluada.»

Basándose en los antecedentes descritos, los interesados alegan que existe una contradicción entre los argumentos que en el año 1989 se esgrimieron para decidir la adjudicación y los argumentos que en la presente resolución se utilizan para justificar la concurrencia de un interés público en la modificación considerada.

Son varios los aspectos que conviene contemplar y desarrollar para contestar de forma adecuada y precisa a esta alegación:

1. La adjudicación en 1989 de la concesión a favor de Sogecable se centra en el sistema de financiación y no en la forma codificada de emisión. Esto es muy relevante porque la decisión del Consejo de Ministros se basó en un criterio de oportunidad económica que garantizase el equilibrio financiero de los diferentes concesionarios. Lo importante era el sistema de financiación, el sistema de emisión cerrado o codificado no es sino el medio para la consecución de este resultado. La decisión se adopta por lo tanto en base a una situación coyuntural concreta, que como tal es susceptible de cambiar en el transcurso del tiempo. Esto último se analizará en el punto 3.º

2. El concepto de interés público no cambia con el tiempo aunque sí la forma de alcanzarlo. En el ámbito del servicio público este interés siempre será el facilitar al máximo el acceso del ciudadano al servicio de que se trate.

En 1989 en un mercado sin televisiones privadas y con unas fuentes de financiación sin definir en este nuevo contexto, se consideró relevante diversificar las fuentes de financiación de los nuevos operadores. En definitiva, se consideró que lo más importante era salvaguardar la viabilidad económica de los tres nuevos concesionarios aunque para conseguirlo uno de ellos emitiera la mayor parte del tiempo de forma codificada y mediante contraprestación económica. En otras palabras, era más importante asegurar la existencia de las concesiones aunque fuera en detrimento de limitar la accesibilidad de alguna de ellas.

En la actualidad y superado el problema de las fuentes de financiación tal y como se refleja en el punto 3.º, la salvaguarda de interés público ya no reside en la garantía de la continuidad y existencia del propio servicio, sino en mejorar su accesibilidad permitiendo la emisión en abierto.

3. La situación del sector de la televisión en nuestro país ha evolucionado de forma patente desde que se abrió a la iniciativa privada hace quince años. Esta evolución es clara tanto en los contenidos que ofrecen las cadenas como en los parámetros económicos resultantes de su actividad; es por tanto, lógico que evolucione también la forma en que la Regulación se adapta a la realidad del sector y del conjunto de la Sociedad.

En 1989, la coyuntura de partida de la televisión privada, con las incertidumbres de negocio asociadas, hizo necesaria una apuesta del Regulador por dar prioridad a medidas que, a corto plazo, garantizaran o, al menos, hicieran todo lo posible por ofrecer un marco favorable al desarrollo y el sostenimiento económico de las empresas en competencia. En aquel momento, se optó por permitir la coexistencia de unos esquemas de financiación de los operadores privados basados, por un lado, en los ingresos publicitarios y, por otro, en las cuotas de abono a canales de pago. Inicialmente, por tanto, se dio prioridad a esta óptica de mercado frente a la alternativa de tomar como única prioridad el interés público, que hubiera dictado, en principio, la emisión en abierto de todos los canales en competencia. Como resultado, el mercado publicitario de la televisión de ámbito nacional quedó, en lo que al sector privado, se refiere, en manos de dos contendientes.

El exitoso desarrollo del sector desde entonces y hasta la fecha se ha hecho patente para todos: 2004 ha sido el año más brillante para el sector de la televisión en abierto en España y, en particular, para las cadenas Gestevisión Telecinco, S.A. y Antena 3 de Televisión, S.A. La saturación del mercado publicitario televisivo es apreciable: el año pasado creció un 15 %, y en los últimos cinco años, según fuentes del propio sector, las tarifas medias (nominales) de las cadenas de televisión se han multiplicado hasta en un 300 %.

Los analistas del sector audiovisual en nuestro país señalan que en el mercado de la publicidad en televisión hay claramente espacio para más intervinientes. De hecho, se podría decir que las cadenas actuales gozan

del privilegio de una ventaja de situación derivada de un mercado imperfecto.

TV en España-1990 Vs. 2004

	1990	2004	Multiplica por
Inversión publicitaria (M€)...	1.165	2.617	2,3
N.º de anuncios	382.045	2.059.420	5,4
GRPs (miles)*	787.000	3.150.707	4,0

Fuente MPG, Infoadex.

* GRPs: Gross Rating Points: número total de espectadores (impactos visuales incluyendo repeticiones) a los que llega la publicidad emitida, en este caso, por televisión. Ej.: Un anuncio publicitario que es visto quince veces durante una campaña por un mismo telespectador contabiliza (suma) quince impactos visuales (+15 GRPs).

Estas exitosas cifras referentes al ejercicio 2004 se han visto confirmadas durante el primer semestre de 2005: en dicho período, la inversión publicitaria en televisión creció un 14,7 % (de 1.347 millones de euros en 2004 a 1.545 millones en 2005). Las principales empresas del sector pronostican que sus beneficios para el primer semestre de este año serán similares a los del conjunto del ejercicio anterior, y que 2005 será un ejercicio récord tanto en volumen de ingresos como en beneficio.

Mantener la situación actual de saturación no es positivo para ninguno de los agentes interesados: ni para los telespectadores, que ven cómo la calidad de las cadenas se deteriora por la excesiva carga de publicidad, ni para los anunciantes, que ven cómo su inversión publicitaria se multiplica al tiempo que pierde valor y efectividad, ni para las cadenas, en el sentido de que su relación con los organismos reguladores se dificulta progresivamente (sucesivas y crecientes sanciones por exceso de emisiones publicitarias en 2003 y 2004).

El nivel de saturación publicitaria alcanzado por las dos concesionarias de televisión privada de ámbito nacional en abierto sólo permitiría mejoras de ingresos por la vía de un incremento de los precios, con el consiguiente perjuicio para los anunciantes o, alternativamente, la violación de las limitaciones impuestas por la legislación vigente en relación con el volumen publicitario, con el consiguiente perjuicio para los telespectadores y el interés general.

Podemos recordar que tanto Gestevisión Telecinco, S.A., como Antena 3 de Televisión, S.A., están sensiblemente por encima de la media europea del sector televisivo en cuanto a margen de beneficio sobre ventas (26,6%): Gestevisión Telecinco, S.A., cerró 2004 con un resultado récord de 215 millones de euros de beneficio y un margen de EBITDA sobre ventas del 40,5 %, también récord en Europa. El mismo ratio para Antena 3 de Televisión, S.A., alcanzó el 28 %. La situación de competencia privada del sector de la televisión en España tiende cada vez más al duopolio de facto.

En 2004, los ingresos de Gestevisión Telecinco, S.A. (líder de audiencia con una cuota de pantalla media del 22,1 %), crecieron un 22,8 % hasta los 789,8 millones de euros, impulsados por un aumento de los ingresos publicitarios del 23,3 %. Para 2005, los propios responsables de Gestevisión Telecinco, S.A., han pronosticado un aumento de los precios publicitarios, lo que seguirá reforzando sus ingresos.

Antena 3, segunda cadena en audiencia, obtuvo unos ingresos de 693 millones de euros, sin contar Onda Cero ni los ingresos por publicidad en cines de MovieRecord. Los expertos del sector señalan que Antena 3 de Televisión, S.A., está siendo la cadena más beneficiada por la caída de audiencia de TVE, lo que aumentaría aun más su potencial de crecimiento futuro.

Gestevisión Telecinco, S.A., ha llegado a revalorizarse en Bolsa casi un 70 % entre julio de 2004 y julio de 2005; Antena 3 de Televisión, S.A., casi un 45 % en el mismo período.

A la luz de las cifras reportadas por los medios de comunicación privados en relación con el éxito de su actividad hasta el presente, corroborada además por las expectativas de crecimiento futuro comunicadas por las propias compañías, ha llegado el momento de que la lógica regulatoria que, en un principio y como se ha comentado, matizó la prioridad del interés público con medidas orientadas a favorecer el desarrollo de las empresas, se centre ahora, toda vez que este desarrollo se ha conseguido plenamente y encara con optimismo el futuro en cuanto a volumen de actividad y beneficio económico, en garantizar que el interés público es salvaguardado de la forma más clara posible, esto es, permitiendo (dejando a discreción del operador) la emisión gratuita y en abierto de los contenidos de sus cadenas, con lo que se elimina uno de los mecanismos de financiación existentes al inicio de su actividad. Este mismo interés público se salvaguarda al permitir aumentar la oferta de espacios publicitarios en televisión sin incremento de la saturación publicitaria, en beneficio de todos los actores.

Octavo. *No alteración del equilibrio económico-financiero del contrato.*—El interés público justifica por lo tanto que la Administración, haciendo uso de sus prerrogativas, decida modificar el contrato concesional, para lo que se ha valorado igualmente la concurrencia de nuevas necesidades vinculadas al interés general.

Hay que precisar que estas necesidades nuevas tenidas en cuenta por la Administración no se refieren a las circunstancias que expone la entidad concesionaria para argumentar que resulta necesario modificar la concesión por haberse alterado el equilibrio de la misma.

A este respecto, el principio de riesgo y ventura es un principio básico en la ejecución de todo contrato y la Administración, precisamente por su función de garante del interés general, no puede quedar supeditada a los intereses económicos de las empresas o particulares. Por mucho que las consecuencias económicas de la concesión hayan cambiado para la entidad gestora del servicio por un descenso continuo en el número de abonados, ello no es motivo para que la Administración deba responder de dicha circunstancia o compensar a la concesionaria.

El Consejo de Estado ha manifestado notables cautelas a la hora de aplicar esta teoría para justificar, por sí sola, la modificación del contrato. La imprevisibilidad evoca sucesos o acontecimientos sobrevenidos, extraordinarios, no esperados ni esperables, que se insertan inopinadamente en el desarrollo de la relación jurídica, que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato.

El Consejo de Estado parte del riesgo y ventura, principio básico en la ejecución de los contratos: «la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista» (artículo 98 Ley de Contratos), principio fundamentado en tres bases: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica, en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas, y, en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda Pública.

Advierte el Consejo de Estado que este principio comporta que el contratista o concesionario se beneficia de las ventajas e inconvenientes de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la actividad pública que tiene encomendada. La Administración permanece, pues, ajena a la suerte o desventura del concesionario.

El Alto Cuerpo consultivo exige la concurrencia de estrictos requisitos para la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible: la aparición de una alteración de circunstancias que resulte imprevisible y extraordinaria; la insuficiencia de los mecanismos previstos en el propio contrato para su revisión y, finalmente, que la mencionada alteración de circunstancias tenga una incidencia sobre la economía general del contrato que rebasa «... los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo lleva consigo...».

En recientes dictámenes, el Consejo de Estado no ha considerado como circunstancias extraordinarias que permitan, por sí solas, la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, la crisis económica generalizada, ni las dificultades en la obtención de financiación, ni la aparición de tecnologías competidoras.

Aún más, se plantea por parte del concesionario que tanto la Administración, como el Estado, del que aquella forma parte, han alterado radicalmente las condiciones de la concesión a través de un ingente número de normas que han modificado el contexto en el que se viene prestando el servicio de televisión por parte de Sogecable, tales como la Ley 42/95 de Telecomunicaciones por cable, de 22 de diciembre de 1995, que abrió la distribución de televisión a los cable-operadores, o la Ley 37/95 de Telecomunicaciones por satélite de 12 de diciembre de 1995 que liberalizó el satélite, entre otras.

En este punto es preciso traer a colación el artículo 6.3 de la Ley de Televisión Privada, que establece que el otorgamiento de una nueva concesión no puede alegarse como alteración del equilibrio de las concesiones ya otorgadas, lo que significa que tampoco puede invocarse dicha alteración del equilibrio aunque no se trate de concesiones, como ocurre en el caso de la televisión por cable o por satélite.

Este argumento de la alteración del equilibrio económico de la concesión a través de la capacidad normativa del Estado ya fue rechazado, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002, al señalar que «...no existe derecho a indemnización cuando, en el ejercicio de las potestades innovadoras del ordenamiento jurídico (...) se realiza una modificación en la regulación o en la configuración de un régimen jurídico anterior...», pues, al constituir las disposiciones normativas aludidas «el carácter de norma general de obligado cumplimiento, y carecer de contenido expropiatorio, no suponen una privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos», como ha declarado el Tribunal Constitucional en sus sentencias 37/1987, 170/1989, 41 y 42/1990, citadas por el propio Tribunal Supremo, no existiendo por tanto responsabilidad de la Administración ni obligación de compensación.

Finalmente cabe recordar que la competencia que pudiera suponer una merma en los ingresos de Sogecable procede de iniciativas de la pro-

plia titular de la concesión que, ejercitando su libertad, ha ampliado su campo de actividad dentro del sector de la televisión al mercado de la televisión de pago por satélite, convirtiéndose en la principal competidora de sí misma, sin que, por otra parte, se hayan aportado por Sogecable pruebas que acrediten la existencia de perjuicios y que éstos han sido debido a las alteraciones existentes.

En definitiva, los motivos que expone Sogecable para argumentar sobre la necesidad de una compensación por parte de la Administración, atribuyendo a decisiones del propio Estado el hecho de haberse alterado el equilibrio económico del contrato, no justifican que se introduzca la modificación planteada. Que el escenario tecnológico o el marco normativo del sector audiovisual hayan sufrido cambios a lo largo de los últimos años no implica que el Estado deba compensar a la concesionaria, pues se estaría respondiendo por unas circunstancias que quedan dentro del mencionado principio de riesgo y ventura del contratista.

Noveno. *Nuevas necesidades vinculadas al interés general del tránsito a la Televisión Digital Terrestre.*—De acuerdo con los artículos 59 y 101 del Texto Refundido de la Ley Contratos de las Administraciones Públicas, resulta necesario para proceder a la modificación, además de que existan motivos fundados de interés público, como acabamos de ver, que el cambio obedezca a nuevas necesidades o causas técnicas imprevistas.

Excluido que se deba modificar el contrato por concurrir nuevas circunstancias que exijan restablecer su equilibrio económico-financiero, sí se han valorado toda otra serie de nuevas necesidades y circunstancias sobrevenidas, vinculadas al interés general, a la hora de decidir al respecto.

Así, en estos momentos, para favorecer el interés general, el Estado ha establecido como línea de actuación prioritaria el tránsito a la Televisión Digital Terrestre (TDT), tránsito que ha de ser facilitado mediante todos los instrumentos posibles, dada la situación de atraso que existe en España a este respecto.

En nuestro país se ha producido un estancamiento en el despliegue e implantación de esta tecnología y, en la actualidad, sólo unos miles de hogares españoles disponen de ella frente a los 5 millones en el Reino Unido (30 por 100 de hogares), un millón en Italia (7 por 100 de hogares) o 550.000 en Finlandia (42 por 100 de hogares).

Y es que, en el ámbito de los contenidos, los tres concesionarios analógicos no están obligados a ofrecer en sus programas digitales distintos contenidos que en los canales de tecnología tradicional, con lo que se produce la desincentivación del espectador, ya que la superación de la dificultad que supone la débil oferta de decodificadores y su coste no va a suponerle el acceso a unos nuevos contenidos, sino solamente su recepción con otra tecnología.

El atraso en la implantación de la TDT y la situación existente de indefinición y estancamiento perjudica directamente a:

Los operadores de televisión, inmersos en un contexto de inseguridad jurídica que impide que la tecnología digital llegue a un número significativo de hogares.

La industria de receptores, que realizó fuertes inversiones de fabricación y colocación del producto en el mercado.

El sector de la distribución, que no puede argumentar ante los consumidores un nuevo producto porque es idéntico al que reciben en analógico.

La industria nacional de fabricación y comercialización de equipos para transmisión, recepción y adaptación de antenas colectivas.

Los ciudadanos, porque se les dificulta el acceso a una oferta más plural, más amplia y de mayor calidad, y que cuando adquieren equipos digitales ven frustradas sus expectativas.

El desarrollo tecnológico nacional, porque se coarta el despliegue y el fomento de la industria española de consumo y de las tecnologías de la información, que pierde grandes oportunidades ante la evolución de la industria europea y tendrá una posición competitiva de desventaja ante ésta.

Por todo ello, en la voluntad de impulsar de manera decidida la TDT, el Gobierno aprobó el 30 de diciembre de 2004 un Plan de Impulso de la Televisión Digital Terrestre que, entre otros aspectos, prevé por fin el establecimiento de un calendario claro de implantación de la TDT, adelantando en dos años (de 2012 a 2010) la fecha prevista para el apagón analógico.

Ciertamente, las televisiones ya emiten en tecnología digital y el apagón es sólo una fecha para conseguir que el acceso de los ciudadanos sea real y completo. Actualmente existen cinco concesionarios del servicio público de televisión de cobertura nacional emitiendo con tecnología digital. Así, Televisión Española (TVE1 y La 2) y los tres concesionarios del servicio público de televisión analógica de ámbito nacional (Antena 3 TV, Telecino y Sogecable) emiten también, desde marzo de 2002, simultáneamente en digital y con los mismos horarios que en la emisión analógica, de conformidad con lo dispuesto en las disposiciones adicionales primera y segunda del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que

se aprobó el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre. Por otra parte, desde junio de 2002 están emitiendo con tecnología digital los dos concesionarios del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito nacional (VEO TV y NET TV), que utilizan exclusivamente la tecnología digital.

Asimismo es útil recordar que el objetivo del Gobierno de fijar el año 2008 como previsible para el apagón analógico se reveló completamente irrealizable tras comprobar que durante el período 2000-2003 no se habían producido las actuaciones suficientes para hacerlo posible. En esta materia, el Gobierno se encontró con una situación de total paralización en el despliegue e implantación de la TDT, así como con un gran desorden legislativo que, en sus aspectos más urgentes, ha quedado solventado mediante la reciente 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, norma que ha reajustado el marco legal para eliminar los obstáculos detectados que impiden el desarrollo de la TDT.

El fracaso del modelo de TDT, motivado por la desaparición de facto del concesionario que resultó adjudicatario, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de junio de 1999, de una concesión habilitante para la explotación del servicio de televisión digital terrenal, que dejó de emitir en junio de 2002, y su no sustitución por un modelo alternativo dejó sin referencias de futuro a las industrias de equipos, difusión, operación y contenidos, y, por lo tanto, sin capacidad de planificación y actuación en materia digital. Del mismo modo, la carencia de un calendario concreto para la transición a la TDT y de una normativa adecuada impidió el aprovechamiento y efecto demostración de las potencialidades de la TDT.

Debido, por lo tanto, a esta situación de indefinición y estancamiento, la fecha que se estimó inicialmente como más realista fue la de 2012 (fecha que ya había sido establecida en el año 1998). No obstante, las iniciativas llevadas a cabo por el Gobierno durante este último año han permitido adelantar esa fecha al 2010, sin perjuicio de que se lleven a cabo todas las actuaciones necesarias para que el plazo se pueda seguir acortando por el bien de los ciudadanos.

En este contexto, resulta imperioso utilizar todos los instrumentos disponibles para romper el que se ha denominado círculo vicioso de la TDT, según el cual la ausencia de contenidos nuevos y atractivos desincentiva la adquisición de descodificadores, cuyos precios no pueden descender a falta de demanda suficiente, en tanto que los operadores de televisión difícilmente ofrecerán nuevos contenidos a una audiencia en estos momentos inexistente por no disponer de descodificadores.

Esta exigencia resulta todavía más urgente si se pretende aprovechar la puesta en marcha de la televisión digital local, prevista para el año 2005, para formar una masa crítica de nuevos contenidos que transformen la actual inercia negativa de la TDT en un impulso positivo hacia un círculo virtuoso, en el que estos nuevos contenidos incentiven la adquisición de equipos descodificadores, generando, a su vez, una masa crítica de ventas que permita el descenso de los precios y facilite el acceso a los nuevos equipos a sectores cada vez más numerosos de ciudadanos.

Este impulso se vería frustrado si, por el contrario, el lanzamiento de la televisión digital local no viniera acompañado de una ampliación de los contenidos digitales, y que podría poner en peligro incluso la propia viabilidad de esta televisión.

En definitiva, la petición formulada por Sogecable y su disposición a aceptar una modificación en su contrato concesional, para permitir sus emisiones en abierto, debe ser considerada como una posibilidad que se le ofrece al Gobierno de instrumentar una medida adicional destinada a romper este círculo vicioso, si se utiliza la apertura de las emisiones en analógico de Canal+ como forma de promover la programación del canal digital, imponiendo nuevas obligaciones que busquen fomentar la implantación de esta nueva tecnología.

De esta forma, los espectadores que tendrían acceso abierto a la programación completa de Canal+ en analógico, serían invitados a dotarse de los equipos necesarios para acceder a la programación en digital que, como consecuencia de las nuevas obligaciones impuestas, se convierte en un atractivo para la migración tecnológica.

Se trata pues de imponer la servidumbre de determinadas obligaciones en la emisión de contenidos de Canal+, que de otra forma resultarían imposibles de exigir, de forma que sirvan de incentivo para la migración de los espectadores.

Todo ello debe de ser valorado como una medida destinada a hacer frente a una nueva necesidad —el impulso a la migración a la televisión digital— en un contexto que no pudo ser previsto, como posibilidad tecnológica, en el momento de adjudicarse las concesiones y, menos aún, en cuanto a la urgencia y necesidad de dar un impulso definitivo a la nueva televisión digital, como medio de ampliar el pluralismo de la oferta televisiva y facilitar el acceso de los ciudadanos a la Sociedad de la Información.

En relación con las alegaciones presentadas por algunos interesados señalando que la modificación propuesta no sólo no constituye un

impulso a la televisión digital sino que impulsa a la televisión analógica, se hacen las siguientes consideraciones:

Que Sogecable no obtiene un nuevo canal analógico, pues éste ya existe. El único cambio es que pasa a utilizarse mediante emisión en abierto.

Que el canal analógico, que es el que hoy por hoy puede ver la mayor parte de la población, se utiliza como cauce para publicitar y divulgar la existencia de un programa digital.

Que el uso del canal analógico se limita en el tiempo hasta el cese de las emisiones previstas para 2012 aunque en el proyecto de Real Decreto del Plan técnico de televisión digital se adelanta al 2010. Además se incluye una obligación concreta para Sogecable, consistente en realizar el cese progresivo de las emisiones en analógico de acuerdo con el plan que al efecto acuerde la Administración General del Estado con el sector.

Por otro lado, la entidad Gestevisión Telecinco, S.A., en las alegaciones presentadas con fecha 22 de julio de 2005 sostiene que constituye una afirmación insostenible por parte de la Administración que la modificación del contrato de Sogecable, en este sentido, vaya por sí sola a garantizar el tránsito hacia la nueva tecnología digital. Debemos manifestar nuestro total acuerdo con esta opinión, matizando que la modificación propuesta nunca pretendió ser la piedra angular sobre la que gire el tránsito hacia la nueva televisión. En la propuesta de Acuerdo sometida a trámite de audiencia, se califica esta modificación como simple «medida adicional» a las que el Gobierno está poniendo en marcha con este objeto, entre las que destacan las que recientemente han sido sometidas a informe del Consejo de Estado, en particular los proyectos de Reales Decretos por los que se aprueban el Plan técnico de la televisión digital terrestre y la modificación del Plan técnico de la televisión privada.

En otro orden de cosas, «Gestevisión Telecinco, S.A.» afirma que el fomento de la tecnología digital como fundamento de las nuevas necesidades sobrevenidas a las que se refiere el artículo 101 de la Ley de Contratos es inadecuado, ya que «no afecta en absoluto ni al contenido ni a la ejecución del contrato de modo que no pueden ser justificaciones para modificarlo». En este sentido, parece conveniente recordar que Sogecable accedió a un programa digital como consecuencia de lo establecido en la Disposición adicional primera y segunda del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre.

En consecuencia, el contrato concesional de Sogecable quedó modificado desde entonces y así se reflejó en el Acuerdo de renovación de la concesión que acordó el Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2000. Este Acuerdo se refiere al servicio de televisión de Sogecable tanto analógico como digital. Por lo tanto carece de sentido argumentar que las condiciones de la emisión digital no afectan a la ejecución u objeto del contrato.

Décimo. *De la simultaneidad de emisiones a la que se refieren las Disposiciones adicionales primera y segunda del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal.*—En relación con lo que acaba de señalar, y para la mejor comprensión del punto 2.b) del presente Acuerdo, resulta necesario poner de manifiesto que, si bien hasta la fecha los distintos operadores han venido emitiendo la misma programación en analógico y en digital, la simultaneidad establecida en la Disposición adicional segunda del mencionado Real Decreto 2169/1998 sólo hace referencia a los horarios, sin que se establezca expresamente que la coincidencia también deba alcanzar a los contenidos.

Así, el punto 1 de la citada Disposición adicional establece lo siguiente:

«Si las actuales concesionarias del servicio público esencial de televisión obtuvieran la renovación de su título, se les impondrá la obligación de que, en un plazo no superior a dos años desde la renovación, emitan empleando la tecnología digital.

Las actuales concesionarias, en la emisión del programa que se les asigne a cada una para su explotación con tecnología digital, se habrán de ajustar a las mismas condiciones que se establecen en los contratos concesionales que ahora les afectan, emitiendo, en consecuencia, en abierto o mediante acceso condicional, según las condiciones, a cuyo cumplimiento se hubiesen obligado en los referidos contratos. En caso de que, conforme a ellos, una parte de la programación se emitiese por las concesionarias en abierto y otra mediante acceso condicional, habrán de ser coincidentes y simultáneos los horarios de emisión en abierto a través del canal que exploten con tecnología analógica con arreglo a los términos actuales de su concesión, y mediante el programa que exploten con tecnología digital.»

Por lo tanto, dado que la simultaneidad y coincidencia está únicamente referida a los horarios de emisión, nada impide que, manteniendo esos mismos horarios, se ofrezcan contenidos y programaciones diferentes en analógico y en digital.

Undécimo. *Posición de Sogecable en el mercado de la televisión.*—De acuerdo con el informe evacuado por el Servicio de Defensa de la Competencia, las modificaciones que se prevén en el presente Acuerdo no constituyen una operación de concentración empresarial, ni es una conducta unilateral o colectiva de las que prohíben los artículos 1, 6 ó 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. El informe añade que no se trata de un acuerdo entre empresas, ni un abuso de posición de dominio, ni un supuesto de infracción de la Ley de Competencia Desleal que afecte a la competencia y al interés público.

No obstante, Sogecable tiene una posición preeminente en el mercado de la televisión de pago, como ha tenido ocasión de razonar el Tribunal de Defensa de la Competencia en el asunto C74/02, sobre la concentración Sogecable/Vía Digital.

Aunque los mercados de la televisión de pago y de la televisión en abierto son distintos, ambos participan de aspectos coincidentes, como es el caso de la adquisición de contenidos.

Así, sin perjuicio de la procedencia del control a posteriori de aquellas eventuales conductas en que la concesionaria pudiera incurrir, se considera conveniente introducir medidas preventivas para garantizar la competencia en determinados ámbitos de la actividad televisiva.

De ahí que se haya estimado oportuno incorporar las condiciones indispensables para, respetando la mínima intervención, garantizar el acceso a los contenidos premium, entendiendo por tales los definidos por el Tribunal de Defensa de la Competencia, es decir, largometrajes de los Grandes Estudios, incluyendo las series, y el fútbol de las competiciones de Liga y Copa de S.M. El Rey.

En cuanto a las alegaciones de «Antena 3 de Televisión, SA» sobre la vulneración del ordenamiento jurídico comunitario de defensa de la competencia, resultan incongruentes en tanto que se basan en el propio informe del Servicio de Defensa de la Competencia, que manifiesta que la modificación resulta inocua en este sentido, ya que en el mercado de televisión en abierto Sogecable tiene una participación insignificante y en el mercado de televisión de pago podría producirse un cierto retroceso de la posición de Sogecable, como consecuencia del abandono de la explotación analógica de Canal +.

Duodécimo. *Equilibrio contractual y ausencia de efectos económicos de la modificación.*—En base a todo cuanto se acaba de señalar, hay que indicar que la modificación contractual objeto de aprobación no supone en ningún momento alteración del equilibrio económico-financiero de la concesión.

Un eventual desequilibrio que pudiera producirse, por eliminar del contrato la restricción horaria de emisiones en abierto, se ve, en cualquier caso, compensado mediante la introducción de nuevas obligaciones para la concesionaria.

Por ello, el acuerdo de modificación no tiene efectos económicos sobre la concesión, por lo que no resultan afectados los avales y garantías ya depositados por Sogecable.

A ello conduce igualmente el hecho de no alterarse ninguna cláusula esencial del contrato concesional, así como el hecho de que las modificaciones no afectan a los bienes de dominio público que fueron objeto de concesión en su momento, ni por lo tanto al Pliego de Bases por el que se rigió el concurso.

Decimotercero. *Protección de los consumidores y usuarios.*—En otro orden de cosas, hay que hacer mención a la necesidad de velar por la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, al objeto de garantizar que los actuales abonados a Canal + analógico no se vean perjudicados por la emisión en abierto durante las 24 horas del día.

Hay que tener en cuenta la propia naturaleza de los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, que implica que la Administración deba velar por el interés general y por que se garantice a los particulares su derecho a utilizar el servicio en las condiciones establecidas.

Por ello, hay que precisar que la modificación contractual, en sí misma, no ocasiona perjuicios a los actuales abonados. Tanto éstos, como el resto de ciudadanos, tendrán acceso a otro canal de televisión, sin necesidad de contraprestación económica.

Pero es que además Sogecable deberá garantizar a los actuales abonados de Canal+ analógico una oferta de migración a su televisión digital por satélite, consistente en la posibilidad de acceder a estos contenidos respetando las actuales condiciones de abono (misma cuota mensual y sin coste de migración). Tal oferta deberá mantenerse durante al menos un año desde que comiencen las emisiones en abierto durante las 24 horas, por lo que todos aquellos abonados que lo deseen podrán ver ampliada su oferta televisiva, sin necesidad de asumir más costes que los que actualmente se les aplican. Los que no se acojan a la oferta de migración, podrán evidentemente solicitar en cualquier momento su baja a Sogecable.

A este respecto cabe señalar que, mediante escrito de fecha 29 de junio de 2005, se solicitó expresamente de Sogecable que comunicara si se contempla la adopción de alguna medida para evitar que la modificación contractual pueda causar eventuales perjuicios a sus actuales abonados

de Canal + analógico, contestando la mencionada entidad mediante escrito de fecha 5 de julio de 2005.

Decimocuarto. Límites al ejercicio del «ius variandi».—Respecto de las alegaciones de algunos interesados, sobre posible vulneración de los límites del «ius variandi», se señala lo siguiente:

Ciertamente el ejercicio del «ius variandi» de la Administración no permite alterar sustancialmente ni el objeto ni las condiciones esenciales del contrato; esta restricción, que resulta lógica, es fundamentalmente una garantía para el contratista, tratando de evitar la imposición unilateral por la Administración de unas condiciones absolutamente distintas a las que regían las condiciones de licitación al tiempo de la adjudicación. En este caso no existe tal imposición, pues Sogecable ha manifestado expresamente su conformidad con la propuesta remitida en el trámite de audiencia.

Por otro lado, otra pauta a la que se debe sujetar la Administración en el ejercicio del «ius variandi» es la exigencia de objetividad en su actuación, concretada en los principios de publicidad y concurrencia. En este sentido, la modificación que se plantea no constituye alteración en ningún elemento esencial del contrato, ya que ni la Ley de Televisión Privada de 1988, ni su normativa de desarrollo, ni el Pliego de Bases, preceptúan nada sobre la forma de prestación del servicio.

Por otra parte, ya se analiza en los fundamentos jurídicos séptimo y decimoquinto, que los cambios que se establecen en este Acuerdo son congruentes con la adjudicación inicial que valoró positivamente la financiación mediante pago del abono, y que no afectan a terceros, en particular al resto de licitadores no adjudicatarios.

Decimoquinto. Efectos sobre terceros.—Ante las distintas alegaciones formuladas por los interesados en este ámbito, parece oportuno indicar en primer lugar que ni la norma ni el pliego de condiciones que sirvió de base a la adjudicación de las concesiones, exigen que la programación deba ser codificada. En este sentido, el tercer concesionario adjudicatario podría haber sido un operador que emitiera en abierto. De hecho, la decisión a favor de Canal + estuvo muy reñida con la oferta presentada por Univisión Canal 1, cuya oferta era en abierto. Esto es importante porque los operadores que presentaron sus ofertas y los que finalmente resultaron adjudicatarios sabían perfectamente que, de acuerdo con el pliego, el resultado final podría dar lugar a tres operadores privados emitiendo en abierto.

En ninguna cláusula contractual o norma, el Estado se compromete a garantizar un determinado nivel de ingresos a Antena 3 y Telecinco, ni se declara que la fuente de ingresos publicitarios esté legal o contractualmente limitada a unos pocos, entre otras cosas porque sería ilegal y atentaría contra el principio de libre competencia en igualdad.

El hecho de que en la valoración inicial de la oferta de Sogecable se tuvieran en cuenta los ingresos parciales por el pago de un abono, es una circunstancia que atiende a una situación coyuntural concreta, tal y como ha quedado reflejado en el fundamento jurídico séptimo. Si la coyuntura, exógena al propio contrato, cambia, es posible modificar el contrato, como es el caso.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Industria, Turismo y Comercio, de acuerdo con el Consejo de Estado, en su reunión del día 29 de julio de 2005, resuelve:

La modificación del contrato administrativo de concesión para la explotación del servicio público de la televisión, formalizado en Madrid el 3 de octubre de 1989 entre la Administración del Estado y la «Sociedad de Televisión Canal +, S.A.» (hoy «Sogecable, S.A.»), y renovado mediante contrato suscrito por ambas partes el día 18 de junio de 2001, en el sentido siguiente:

1.º Modificar la estipulación séptima, apartado segundo, párrafo primero, que quedará redactada en los siguientes términos:

«La sociedad concesionaria podrá emitir en abierto durante las 24 horas del día en sus emisiones en analógico y en digital.»

Esta circunstancia deberá producirse en un plazo máximo de cuatro meses a contar desde la fecha de este Acuerdo.

2.º Imponer a Sogecable, S.A., las siguientes condiciones y obligaciones adicionales:

a) Deberá ofrecer una guía de programación interactiva en el canal digital.

b) La concesionaria deberá ofrecer en su canal digital al menos el 20% de programación diferente de la emitida en analógico. Esta programación diferente estará comprendida entre las 8 y las 24 horas. En el caso de que dispusiera de canales digitales adicionales al que tiene en la actualidad, la obligación anterior quedaría sin efectos y la concesionaria estará obligada a no reemitir en los nuevos canales digitales ningún programa ya difundido en su canal analógico.

c) La concesionaria deberá desarrollar una campaña publicitaria durante al menos un año, desde el comienzo de sus emisiones en abierto, en horarios de máxima audiencia, encaminada a informar al público, en

su canal analógico, de su programación y servicios en el canal digital. Esta comunicación pública habrá de incluir en todo caso una invitación a los espectadores a dotarse de los medios de acceso a la televisión digital terrestre, y habrá de efectuarse bien mediante anuncios publicitarios que se emitan todos los días, en horario de máxima audiencia y con una duración mínima de 30 segundos por anuncio, o bien mediante espacios divulgativos de una duración mínima de un minuto, en los que se informe de la diferencia de la programación, del lanzamiento del canal digital y se fomente la adquisición de los equipos necesarios.

d) Deberá realizar el cese progresivo de las emisiones en analógico de acuerdo con el Plan que al efecto acuerde la Administración General del Estado con el sector.

e) Deberá garantizar a los actuales abonados de Canal + una oferta de migración a su televisión digital por satélite consistente en la posibilidad de acceder a estos contenidos respetando las actuales condiciones de abono (misma cuota mensual y sin coste de migración). Esta oferta deberá mantenerse durante al menos un año desde que comience las emisiones en abierto durante las 24 horas.

f) Deberá existir separación contable entre el negocio del servicio de difusión de televisión de pago y el de televisión en abierto de Sogecable.

g) En relación a los largometrajes cinematográficos de los Grandes Estudios, a los que se refiere el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia en el asunto C74/02, así como en relación a las series producidas por dichos Grandes Estudios, sobre los que disponga de derechos en exclusiva en cualquier ventana de pago, ya sea directa o indirectamente (es decir, a través de la sociedad concesionaria o a través de cualquier otra sobre la que ejerza el control), Sogecable no podrá adquirir derechos de la primera ventana de explotación en abierto. A estos efectos, se entenderá por control los supuestos a los que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio y el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

Sólo si transcurridos tres meses, a contar desde que los contenidos se encuentren disponibles para la compra de la mencionada ventana de difusión, ningún otro operador adquiriera los derechos, podrá la concesionaria acceder a estos derechos para su difusión en la primera ventana en abierto.

h) En relación con los partidos de fútbol de las competiciones de Liga y Copa de S. M. El Rey, desde la temporada 2006/2007 hasta la temporada 2008/2009 sobre los que disponga de derechos en exclusiva, ya sea directa o indirectamente (es decir, a través de la sociedad concesionaria o a través de cualquier otra sobre la que ejerza el control), Sogecable no podrá emitir estos derechos en abierto. A estos efectos, se entenderá por control los supuestos a los que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio y el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

Sólo si transcurridos tres meses, a contar desde que los contenidos se encuentren disponibles para la compra de la mencionada ventana de difusión, ningún otro operador adquiriera los derechos, podrá la concesionaria acceder a estos derechos para su difusión en la primera ventana en abierto.

i) Las condiciones establecidas a la concesionaria se deben entender aplicables a todos los contratos efectuados por la misma con sus proveedores de contenidos desde el 1 de julio de 2005.

j) Las condiciones que no tengan un plazo expresamente establecido tendrán una duración de tres años, a contar desde la fecha del presente Acuerdo.

k) Los conflictos que puedan surgir de la aplicación de las presentes condiciones serán resueltos por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información u órgano o ente que asuma sus competencias en el futuro.

13183

RESOLUCIÓN de 29 de julio de 2005, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 29 de julio, por el que se aprueba el pliego de bases administrativas particulares y de prescripciones técnicas por el que ha de regirse el concurso público para la adjudicación de una concesión para la explotación del servicio público de la televisión en régimen de emisión en abierto y se convoca el correspondiente concurso.

El Consejo de Ministros, en su reunión del día 29 de julio de 2005, adoptó un Acuerdo por el que se aprueba el pliego de bases administrativas particulares y de prescripciones técnicas por el que ha de regirse el concurso público para la adjudicación de una concesión para la explotación del servicio público de la televisión en régimen de emisión en abierto y se convoca el correspondiente concurso.

En consecuencia y en virtud del apartado tercero del citado acuerdo he resuelto disponer la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del