



ISSN: 1988-2629. Nº. 22. Nueva Época. Marzo 2017-Septiembre 2017

Cómo citar este texto:

Manuel Peláez Muras. (2017). SUBASTÉMOSLAS... YA. Sobre la posibilidad, *de lege lata*, de otorgar las licencias audiovisuales al mejor postor. Derecom, 22, 37-. <http://www.derecom.com/derecom/>

**SUBASTÉMOSLAS... YA.
SOBRE LA POSIBILIDAD, *DE LEGE LATA*, DE
OTORGAR LAS LICENCIAS AUDIOVISUALES AL MEJOR POSTOR**

**LET US AUCTION THEM... ALREADY.
ABOUT THE *DE LEGE LATA* POSSIBILITY OF
GRANTING THE AUDIOVISUAL LICENSES TO THE BEST BIDDER**

© Manuel Peláez Muras¹
Comisión Nacional del Mercado de Valores (España)
manuelpelaezmuras@gmail.com

Resumen

La prestación de servicios audiovisuales a través de ondas hertzianas terrestres exige la obtención de una licencia que se concede mediante concurso público a la entidad que presente la mejor oferta. Cuál sea esa oferta depende de los criterios fijados discrecionalmente en cada convocatoria, dentro del marco fijado por la Ley General de la comunicación audiovisual. Este sistema presenta desventajas y disfunciones importantes que el profesor Domenech Pascual ha sugerido superar sustituyendo los concursos por subastas, de manera que las licencias se adjudiquen a quien ofrezca una suma superior de dinero. Este trabajo tiene por objeto esclarecer en qué medida el ordenamiento legal vigente permitiría materializar esa propuesta o, en su defecto, otra similar en la que el precio ofrecido por los interesados sea determinante. Además, ante la situación de crisis del sector audiovisual español, se plantea la viabilidad jurídica de poner fin a las licencias anticipadamente a fin de que las subastas, o su remedo, puedan celebrarse cuanto antes.

Summary

The provision of audiovisual services via terrestrial airwaves requires holding a license which is granted to the best offer in a public tender. The determination of which is the best offer depends on the criteria set out discretionarily for each tender, under the framework set by the

Recibido: 15/06/2016 Revisado: 27/02/2017
Aceptado: 28/02/2017 Publicado: 15/03/2017

Audiovisual Communication Act. This scheme gives rise to major disadvantages and dysfunctions. Domenech Pascual has suggested to avoid those by substituting tenders with auctions, so that the licenses are awarded to the highest bidder. In this paper we aim to investigate to what extent the current legal system would allow to undertake such a proposal or a similar one in which the price offered by tenderers is decisive. In addition, taking into account the Spanish audiovisual industry crisis, there must be considered the legal feasibility of ending the current licenses ahead of schedule so that the auctions (or some other institution of the sort) may be carried out as soon as possible.

Palabras clave: Ley General de la comunicación audiovisual. Procedimientos de adjudicación de licencias. Modificación de licencias. Libertad de comunicación.

Key words: Audiovisual Communication Act. Licenses. License award procedures, Licenses modification. Freedom of communication.

1. Introducción y metodología

El artículo 22.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la comunicación audiovisual (LGCA), establece que los servicios audiovisuales que *se presten mediante ondas hertzianas terrestres necesitarán licencia previa otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente*.

Los criterios selectivos que se aplican en esos concursos quedan confiados casi en su totalidad a lo que decida la Autoridad convocante en cada caso,² ya que la LGCA se limita a establecer que *en las bases de la convocatoria se deberá incluir la experiencia de los concurrentes, su solvencia y los medios con que cuenten para la explotación de la licencia, como criterios que habrán de ser tenidos en cuenta en la adjudicación* (último párrafo del art. 28.3 de la LGCA).

En un trabajo titulado "*Subastémoslas. La adjudicación de las licencias en el mercado audiovisual*" (2014), el profesor Gabriel Domenech Pascual expone de manera brillante los inconvenientes y disfunciones de este sistema de adjudicación, que da origen a arbitrariedades, aumenta la litigiosidad, favorece la continuidad de los operadores *insiders* y falsea la concurrencia, ya que las condiciones comprometidas por los adjudicatarios acaban por no cumplirse, entre otros inconvenientes.

Ante estos problemas, Domenech propone adjudicar los títulos habilitantes mediante subasta,³ en la cual las licencias se adjudicarían al licitador que ofreciese una suma de dinero mayor. Obviamente este procedimiento es mucho más sencillo de gestionar., Además, se presta más difícilmente a arbitrariedades y desviaciones, amén de otras ventajas importantes. La subasta, en resumen, sería una forma de asignación más eficiente, objetiva y respetuosa con las libertades de expresión e información y la libre competencia.

Tomando esta tesis como punto de partida, nosotros nos proponemos mostrar que el marco jurídico básico vigente permite alcanzar un resultado muy parecido mediante la

convocatoria de concursos que incluyan el precio como uno de los criterios de adjudicación y le otorguen una ponderación adecuada.

En la misma línea, exploramos otros dos medios para confinar los criterios del artículo 28.3 a límites razonables. Por una parte, restringir su utilización a los concursos de adjudicación de licencias ya explotadas, en interpretación estricta de la Ley. Por la otra, usarlos como requisitos previos de solvencia, a la manera en que la experiencia, solvencia y otros factores similares se vienen ponderando al adjudicar contratos públicos.

De acuerdo con esta meta eminentemente práctica, la metodología seguida es la habitual en la aplicación e interpretación práctica del derecho, atendiendo preferentemente al derecho legislado y a la jurisprudencia, así como a la doctrina y parecer de la Administración (órganos consultivos, actuación de las autoridades audiovisuales).

Por último, nos planteamos si podrían extinguirse las licencias vigentes de manera anticipada para hacer *tabula rasa* y comenzar a aplicar el nuevo sistema cuanto antes. Sólo en este punto nos alejamos de la perspectiva *de lege lata*, ya que concluimos la conveniencia de aprobar una norma que permita modificar las licencias.

La revocación de las licencias no es viable con carácter general y, seguramente, ni siquiera sería deseable en los supuestos admitidos por la LGCA. Por tanto, deberían intentarse aproximaciones de tipo consensual que, favoreciendo la libre concurrencia de terceros, puedan ser aceptables para los medios establecidos. En concreto, pensamos que estos podrían renunciar a parte de la duración de sus licencias si, a cambio, se modifican ciertas condiciones que vienen dificultando o encareciendo su actividad.

Con todo, este último aspecto no desvirtúa la tesis principal de este trabajo: el ordenamiento jurídico vigente permite adjudicar el derecho a explotar los servicios audiovisuales a quien ofrezca más dinero y, por eso, invitamos a subastar las licencias... *ya*.

2. Posibilidad, *de lege lata*, de adjudicar las licencias al mejor postor

Aunque el uso de la subasta parece descartado por la legislación básica, pensamos que nada impide establecer el precio como uno de los criterios de adjudicación de los concursos y otorgarle una ponderación suficiente en la puntuación total para que sea determinante. La LGCA no establece un elenco cerrado de criterios y, como señala el propio Domenech, el concurso

es el término con el que tradicionalmente ha designado el legislador español el sistema de adjudicación de contratos públicos y títulos administrativos habilitantes –v. gr., autorizaciones previas– abierto a la libre concurrencia en el que para escoger la mejor de las ofertas presentadas hay que tener en cuenta

no sólo el precio que cada licitador propone cobrar o pagar en caso de resultar adjudicatario, sino también otros criterios (2014:2848),⁴ [el subrayado es nuestro].

En contra de nuestro entendimiento, podría argumentarse que el legislador no ha querido que el precio sea uno de los criterios de adjudicación de las licencias, o bien, que no ha querido que el precio sea determinante en detrimento de los criterios de experiencia y solvencia establecidos en la LGCA. Veamos ambas objeciones.

2.1 Viabilidad de utilizar el precio como criterio de adjudicación

La viabilidad de emplear el precio como criterio de adjudicación parece fuera de duda. A primera vista, los antecedentes legislativos no serían de mucha ayuda para esclarecer la *voluntas legislatoris* detrás del artículo 28.3.

En las consultas que se evacuaron sobre el anteproyecto de la Ley fue *un tema muy debatido* la necesidad de regular las condiciones esenciales de los concursos, a pesar de lo cual

El Ministerio de la Presidencia [...mantuvo] los términos de su iniciativa- [y], si bien parecería preferible ampliar la regulación del anteproyecto para dar más seguridad y evitar arbitrariedades a través de unas convocatorias "libres" de concursos, lo cierto es que no hay obligación comunitaria y la opción del Gobierno para establecerlas en cada concurso que convoque no colisiona con el Derecho comunitario. (Dictamen del Consejo de Estado 1387/2009, de 17/12/2009).

Así, el proyecto de ley enviado a las Cortes Generales carecía de toda alusión a los criterios de adjudicación de las licencias.⁵ Extrañamente, puesto que en la tramitación previa no se había considerado oportuno, fue el mismo grupo parlamentario que apoyaba al Gobierno el que introdujo la parca regulación actual.⁶ La motivación oficial de la enmienda es rúcana, limitándose a calificarla de *mejora técnica*,⁷ y su debate tuvo lugar en ponencia, por lo que el Diario de Sesiones no aporta ninguna luz.

No obstante, queda patente el deseo del prelegislador de garantizar al máximo la libertad del órgano convocante de los concursos para fijar los criterios que considere más oportunos, sin que el Parlamento llegase a frustrar ese designio, ya que se limitó a establecer unos pocos criterios mínimos o necesarios.

En todo caso, la norma que en nuestro ordenamiento jurídico definía el procedimiento de concurso cuando se elabora la LGCA —el artículo 74.3 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP)— incluía expresamente el precio como uno de los criterios de adjudicación que podían emplearse en ese procedimiento de adjudicación.

Es más, son varios los dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que concluyen que este criterio, no ya puede, sino que *debe emplearse* con carácter general, afirmando que su exclusión debe motivarse adecuadamente.

Así, el Informe 28/95, de 25/10/1995 considera que *el órgano de contratación puede no hacer figurar necesariamente el precio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por concurso de contratos relativos a bienes y servicios informáticos*, si bien matiza, que *no cabe desconocer la importancia del factor precio en la adjudicación de contratos por concurso, aunque no sea como criterio único y exclusivo, como sucede en la subasta y, por ello, esta posibilidad debe considerarse excepcional y consignarse en el expediente las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión*.

El Informe 29/98, de 11/11/1998, extiende estas consideraciones a los contratos de obras, añadiendo que *es difícil imaginar que [en] este tipo de contratos carezca de interés el factor precio hasta el punto de no incluirlo como criterio de valoración del concurso*.⁸

Además, el artículo 27.1 LGCA establece que los concursos se regirán por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) en lo no previsto por la propia LGCA y la legislación autonómica de desarrollo, y el abono de un precio o canon es un elemento habitual de las autorizaciones y concesiones de uso del dominio público.⁹

Así, el artículo 93.4 de la LPAP establece:

Las concesiones de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público estatal regulada en el capítulo VIII del título I de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de Modificación del Régimen Legal de las Tasas Estatales y Locales y de Reordenación de las Prestaciones Patrimoniales de Carácter Público, o a las tasas previstas en sus normas especiales. [Énfasis añadido].

Por ello, los artículos 93.5 y 92.7 LPAP establecen que las autorizaciones y concesiones demaniales deben incluir la previsión del régimen económico al que se sujetarán. Además, el artículo 100 f) considera un incumplimiento grave la *falta de pago del canon*, siendo causa de extinción de los títulos.

Por tanto, si tenemos en cuenta la legislación de contratos y de patrimonio, puede concluirse que si el legislador hubiese querido excluir el precio como criterio de adjudicación lo habría establecido expresamente.

Incluso, no parece descabellado que, en la mente de los redactores de la ley, estuviese la posibilidad de utilizar el precio como criterio de adjudicación, lo que reforzaría nuestro argumento sobre el sentido que cabe atribuir al silencio de la LGCA. Hay que tener en cuenta que no mucho antes de tramitarse la ley había sido objeto de polémica el mecanismo de asignación de otro tipo de derechos sobre el espacio radioeléctrico por el poco dinero conseguido (la adjudicación mediante concurso de las licencias de telefonía móvil 3G en el año

2000¹⁰) y, poco después, se abriría otro proceso de asignación basado en el precio (la subasta del “dividendo digital” en 2011). La asignación de derechos sobre el dominio público radioeléctrico en función del precio ofertado formaba parte del debate público.

El precio ofrecido por los operadores interesados, en definitiva, puede usarse como criterio de adjudicación de los concursos para el otorgamiento de las licencias audiovisuales.

2.2 Sobre el peso o ponderación del precio

Más difícil es dar respuesta a esta segunda objeción.

Si queremos que los concursos operen a la manera de una subasta, el camino evidente es dar al precio un valor preponderante, pero, con ello, ¿no estaremos frustrando el deseo del legislador de que se tenga en cuenta la solvencia, experiencia previa y medios de los aspirantes?

Para esta objeción no tenemos una respuesta tan contundente.

Es cierto que las normas y actos que desarrollan o aplican una ley no sólo son contrarios a la misma cuando violan de manera directa la letra de sus mandatos o prohibiciones, sino también cuando, de cualquier otro modo, impiden la realización de los fines perseguidos por esa ley (STC 243/1994, de 21 de Julio, FJ 3).

Sin embargo, pretender sin mayor razonamiento que el legislador quiso otorgar un valor preponderante a los criterios del artículo 28.3 incurriría en la petición de principio. En sentido contrario, puede argumentarse que cuando el legislador ha querido que la experiencia o arraigo en un sector sean en verdad determinantes para el otorgamiento de derechos especiales, lo ha establecido expresamente. Así, por ejemplo, el artículo 73.7 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de hidrocarburos, reconoce a los operadores implantados en una zona determinada preferencia para obtener nuevas autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas natural.¹¹

En realidad, si ampliamos un poco el marco normativo de referencia, el resultado natural es justamente el contrario, esto es, que la valoración de la experiencia debe confinarse a límites razonables que no la erijan en una barrera infranqueable para el acceso de nuevos operadores al mercado audiovisual.

En esta dirección apuntan la libertad de prestación del servicio de comunicación audiovisual (art. 10 y 22.1 LGCA) y las libertades de comunicación y de empresa en el marco de una economía de mercado altamente competitiva (art. 20 y 38 CE; art. 3.3 del Tratado de la Unión Europea; art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), que la jurisprudencia y el legislador ordinario han concretado en un principio general de libre acceso a las actividades económicas (art. 1 de Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la

unidad de mercado[LGUM]) cuyas restricciones deben justificarse caso por caso en una necesidad imperiosa de interés general y ser proporcionados a esa necesidad (art. 5 LGUM).

Teóricamente los límites físicos del espacio radioeléctrico justifican la limitación del número de empresas que pueden prestar servicios audiovisuales mediante ondas hertzianas (Laguna, 2009: 257; art. 17.1 c) LGUM), pero la asignación de estos derechos limitados en número, *derechos especiales* en la terminología de la Unión, debe realizarse de acuerdo con principios de concurrencia e igualdad que sean objetivos, proporcionados y razonables (Laguna, 2009: ib. y 264).

En Centro Europa 7 Srl (asunto C-380/05), el TJUE afirmó la viabilidad de limitar el número de operadores en un sector determinado en la medida en que dicha limitación se justifique en motivos de interés público y la selección de los operadores se realice con arreglo a criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados (párr. 103 STJ y 34 Conclusiones AG).

La aplicación del régimen de las telecomunicaciones, de las que el audiovisual es un subsector,¹² opera en el mismo sentido, ya que consagra un mandato de singular fuerza para promover la competencia entre operadores. En concreto, el artículo 8.2 de la Directiva marco¹³ establece:

Las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas: [...] b) velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos; [...] d) promoviendo un uso eficiente y velando por una gestión eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración.

Añadiendo el 7.3 de la Directiva de autorización:¹⁴

Cuando sea preciso limitar el otorgamiento de derechos de uso de radiofrecuencias, los Estados miembros otorgarán tales derechos sobre la base de unos criterios de selección que deberán ser objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados. Todo criterios [sic] de selección deberá tener debidamente en cuenta la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco) y de los requisitos del artículo 9 de esa Directiva.

A igual consecuencia nos aboca, en fin, la legislación sobre contratación pública, ya que dicha legislación se fundamenta en el principio de libre concurrencia y limita la valoración de la experiencia y de otras características subjetivas de los empresarios en beneficio de las características objetivas de las ofertas o proyectos empresariales que presenten.

Los requisitos referidos a cualidades del empresario sólo pueden exigirse, siempre de manera proporcionada al objeto del contrato, en una fase previa de selección, superada la cual las ofertas se valoran de acuerdo con

*criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización [...] (art. 150.1 TRLCSP).*¹⁵

En este sentido, si bien es cierto que la LGCA ha desplazado la aplicación directa de la normativa contractual (pues ha operado la *despublicatio* del audiovisual y, con ello, ha sustituido como vía de acceso al mercado las concesiones —subtipo del contrato de gestión de servicios públicos— por las licencias), cabe atribuir una especial *vis* jurídica tanto a los principios generales de la contratación pública como a las soluciones técnicas concretas que se han ido decantando en este campo en garantía de las libertades comunitarias.

Si en la academia comienza a fraguarse una teoría general sobre la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos que, junto con las necesarias divergencias, reconoce la oportunidad de *soluciones regulatorias tendencialmente semejantes [que] representarían la materialización de exigencias constitucionales también comunes* (Ortega en Arroyo y Utrilla, 2015: 20), en la formulación de esta teoría, y en la aplicación práctica del derecho, las normas sobre la adjudicación de los contratos públicos bien pueden funcionar —siempre con los lógicos matices y excepciones cuando se trasvasen a la atribución de derechos de naturaleza no contractual— como “derecho común” de los procesos selectivos, dada la perfección técnica alcanzada por esas normas y el importante acervo doctrinal y jurisprudencial a que han dado lugar.

En este sentido, el *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea* establece la aplicación supletoria de las normas sobre adjudicación de contratos a todos aquellos procedimientos en los que *el número de solicitudes que pueden estimarse sea limitado y se emplee un procedimiento de otorgamiento competitivo* (artículo III-6.4).

A nivel de derecho positivo, el artículo 4.2 TRLCSP declara la aplicación de sus principios a los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidos de su ámbito, entre los que figuran expresamente las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público (art. 4.1 o) TRLCSP), a efectos de resolver dudas y lagunas.

Finalmente, en la jurisprudencia, la STSJ Bal. 443/2010, de 25 de mayo, (rec. 770/2003; ECLI:ES:TSJBAL:2010:469) afirma que la aplicación [...] de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia al otorgamiento de autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas natural, *debe hacerse en consonancia con la interpretación jurisprudencial que de los mismos principios se realiza en materia de contratos de las Administraciones Públicas, por cuanto responden a la misma pretensión de salvaguarda de las garantías en procedimientos de concurrencia de licitadores.*¹⁶

2.3 Uso de los criterios de la LGCA como requisitos de admisión al concurso

Una cuestión relacionada con lo que acabamos de comentar es si, al igual que cuando se adjudica un contrato, sería posible usar los criterios recogidos en el artículo 28.3 de la LGCA en una fase previa de selección de los operadores que ofrecen garantías mínimas de solvencia y, por ello, se admiten a la licitación y, en una segunda fase, tener en cuenta el precio y otros criterios de adjudicación referidos a características objetivas de las ofertas o proyectos presentados por los interesados.

Desde luego, esta solución sería más transparente, racional y favorecedora de la competencia que evaluar de manera conjunta criterios subjetivos y objetivos. Está claro que, a partir de determinado punto, más experiencia no supone más calidad.¹⁷ A veces sucede lo contrario, sobre todo si la experiencia funciona a modo de escudo que impide la innovación y la entrada de nuevos competidores al mercado. Como dice Domenech (2014: 2858):

Tampoco se entiende muy bien por qué criterios como el de la experiencia de las empresas licitadoras en la prestación de los correspondientes servicios, que en el contexto de la contratación pública están radicalmente prohibidos por considerarse que resultan discriminatorios para las empresas de reciente creación y menoscaban la libre competencia, se admiten en la legislación del audiovisual.

Pues bien, aunque *prima facie* la LGCA parece imponer que la experiencia, solvencia y medios de los concurrentes operen como criterios de adjudicación, creemos que cabría aplicarlos como criterios de selección si consideramos que la expresión *como criterios que habrán de ser tenidos en cuenta en la adjudicación* no se usa en un sentido técnico o preciso y equivalente a “criterios de adjudicación”, sino en relación al procedimiento de adjudicación en su conjunto sin distinguir entre sus posibles fases.

En este sentido, hay otro dato de la tramitación parlamentaria de la LGCA que no sabemos muy bien cómo interpretar. Los diputados del Grupo Mixto Ana María Oramas y José Luis Perestelo, mediante la enmienda nº 13, propusieron suprimir la referencia del artículo 34 a la valoración de la experiencia acumulada en la prestación de servicios de comunicación audiovisual a efectos de otorgar licencias de televisión en movilidad invocando expresamente la legislación y doctrina sobre contratos públicos que prohíbe valorar la experiencia como criterio de adjudicación.¹⁸ La enmienda no se aceptó en esos términos, pero dio lugar a que el texto aprobado por el Congreso de los Diputados y finalmente llevado a la Ley estableciese dicha experiencia *como criterio para la acreditación de la solvencia de los candidatos en los concursos*.¹⁹ Así pues, al Legislador le pareció oportuno precisar que en el caso de las licencias de televisión en movilidad la experiencia en el sector audiovisual sólo se valoraría para acreditar la solvencia de los candidatos, no como criterio de adjudicación. Se podría argumentar, por tanto, que fue sensible al problema de la valoración de la experiencia y

consideraba que la solución aportada por el régimen de los contratos públicos podía tener aplicación en la adjudicación de las licencias audiovisuales, pero... ¿por qué no hizo la misma precisión para las licencias de televisión y radio por ondas hertzianas?

2.4 Límites al peso del precio. Alzas temerarias

Como límite a la ponderación que puede darse al precio, reparamos en que el considerando 32 de la Directiva de autorización establece:

[...] Cuando, en caso de procedimientos de selección comparativa o competitiva, los cánones por el ejercicio de derechos de uso de radiofrecuencias consistan entera o parcialmente en un importe a tanto alzado, las modalidades de pago deben asegurar que en la práctica dichos cánones no conducen a una selección sobre la base de criterios no relacionados con el objetivo de garantizar el uso óptimo de las radiofrecuencias.

Con esto el Derecho Comunitario parece aludir al problema de que, para tratar de asegurarse la adjudicación de las licencias, los licitadores ofrezcan contraprestaciones económicas tan altas que la explotación posterior devenga imposible, muy difícil, o en condiciones de penuria económica tal que redunden en un servicio de poca calidad.

Para hacer frente a esta eventualidad, además de los estándares o condiciones objetivas de prestación del servicio establecidas en el derecho positivo o en las bases de cada concurso y de los mecanismos habilitados para exigir su efectividad *ex post* (sanciones administrativas, revocación), nada impediría establecer en las bases un régimen de presunción de alzas temerarias en línea con lo que, dentro del marco general del artículo 152 del TRLCSP,²⁰ ya se aplica en los contratos que implican el abono de un canon o contraprestación a la Administración.²¹

2.5 Aplicación de los criterios de la LGCA sólo en los concursos de licencias en explotación que no sean renovadas automáticamente

Otro matiz al alcance de los criterios del último párrafo del artículo 28.3 se refiere al único supuesto para el que, en realidad, parecen haberse establecido. El artículo 28 regula la *duración y renovación de las licencias audiovisuales*. El apartado primero establece que la duración de las licencias será de quince años; el segundo, que las renovaciones serán automáticas siempre que se cumplan ciertos requisitos, y el apartado tercero precisa en su primer párrafo las circunstancias en las que, *excepcionalmente*, la titularidad de las licencias no será renovada automáticamente, por lo que *deberá procederse a su adjudicación en régimen de libre concurrencia* (agotamiento del espectro radioeléctrico y existencia de un tercero interesado que, cumpliendo los mismos requisitos que el licenciatario actual, solicite la convocatoria del concurso con una antelación mínima de veinticuatro meses a la fecha de vencimiento). A continuación, dentro del mismo apartado 3, el párrafo segundo enumera los criterios que venimos comentando. No parece, por tanto, que estos criterios debieran

aplicarse a los restantes supuestos posibles de concurso público, es decir, a la adjudicación de licencias nuevas o previamente extinguidas, por revocación, renuncia, muerte, incapacidad o extinción del titular (v. art. 30).

Desde luego, no como criterios de adjudicación.

Es cierto que la utilización de criterios diferentes en uno y otro tipo de concursos puede parecer irracional, pues tienen por objeto la adjudicación de la misma clase de derechos, pero no es incoherente con el sistema, que sólo reconoce preferencia a los licenciatarios en relación con las licencias de las que son titulares (renovación automática) o, que, en todo caso, están siendo explotadas (concursos del artículo 28). En la medida en la que valorar la experiencia como criterio de adjudicación es una excepción al régimen general de adjudicación de recursos escasos, dicha valoración no debería extenderse a supuestos no contemplados expresamente por la norma (art. 4.2 CC).

En todo caso, no hay una identidad de razón que permita dicha extensión. El reconocimiento de un trato privilegiado a los titulares establecidos sólo puede justificarse en tanto en cuanto se dirija a garantizar la independencia de los medios²² y, tal vez, la eficiencia económica,²³ fines que sólo tienen sentido en relación con licencias ya explotadas y cuyo titular desea y tiene aptitud para seguir explotando (ni ha renunciado ni se le ha revocado la licencia). Fuera de estos supuestos, constituiría un exceso contrario a los principios y reglas expuestos *supra* 2.2.

Así debe haberlo entendido la Administración audiovisual del Estado. El Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015, que sacó a concurso seis licencias de TDT (BOE del 18), no hace referencia alguna a la solvencia y experiencia de los licitadores, ni como requisito previo de solvencia ni como criterio de adjudicación (Sí incluyó la valoración de los medios técnicos y profesionales adscritos al servicio).

3. Posibilidad de acortar la vida de las licencias actuales para adjudicarlas cuanto antes al mejor postor

Una vez mostrado que las licencias audiovisuales pueden adjudicarse al mejor postor, si consideramos que este tipo de adjudicación sería más justa, eficiente y transparente que el tipo de concursos que han venido tramitando las Administraciones audiovisuales españolas, el paso siguiente sería publicar las correspondientes convocatorias.

Sucede que, dejando aparte las licencias enteramente nuevas que pueda ir permitiendo la planificación del espectro, sólo podrían convocarse concursos a medida que las licencias fuesen llegando a su término de quince años y, todavía, sería necesario que se cumpliesen los requisitos del artículo 28.3 (que el espectro radioeléctrico se considere agotado y un tercero interesado que cumpla los requisitos correspondientes inste la convocatoria veinticuatro meses antes, al menos, de la fecha de vencimiento).

¿No habría algún modo de licitar las licencias sin esperar a que venzan y sin cumplir los requisitos indicados?

3.1 ¿Revocación de las licencias?

El primer medio en el que inmediatamente se repara para licitar ya las licencias puede ser la revocación, pero se desecha igual de rápido por razones jurídicas y políticas.

En primer lugar, la LGCA, como es lógico, sólo permite revocar las licencias cuando el licenciatario incurre en ciertos incumplimientos especialmente graves, por lo que no es una decisión que pueda adoptarse libremente.

En cualquier caso, tampoco puede esperarse que la Administración emplee el mecanismo revocatorio con la amplitud que permitiría la LGCA.

Sea por razones legítimas (evitar todo atisbo de perturbación en un ámbito, el de las libertades de expresión e información que constituye *uno de los principales fundamentos de una sociedad democrática y una de las condiciones más importantes para su progreso y el desarrollo individual* y, por ello, verdadera *pedra angular de los principios de la democracia y de los derechos humanos* [STEDH 7/12/1976, Handyside, y 26/04/1979, The Sunday Times]) o no,²⁴ las autoridades audiovisuales españolas no se han caracterizado por su activismo a la hora de sancionar los incumplimientos de los licenciatarios, cuanto menos revocar sus licencias.

3.2 Renuncia de los operadores

La renuncia voluntaria sí nos parece una medida apta para el propósito pretendido.

El artículo 30.1 de la LGCA prevé la renuncia como uno de los modos de extinción de las licencias.

Además, no parece que existieran obstáculos a una renuncia diferida a la fecha en la que surtiesen efectos las resoluciones de los nuevos concursos (sin perjuicio de que el renunciante pueda, a la vez, optar a la licencia convocada con arreglo a las bases correspondientes).

Toda persona puede renunciar a sus derechos a no ser que su renuncia vaya en contra del interés o del orden público o perjudique a terceros (art. 6.2 CC) y esta no lo haría en modo alguno, ya que solo se haría efectiva cuando un tercero, o el mismo que renuncia, asumiese la licencia bajo las condiciones resultantes del nuevo concurso. Renuncia que, además, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, podría someter a los términos, condiciones y cláusulas accesorias que considerase oportunas (art. 1255 CC y 25 TRLCSP) siempre que las autorizase la Administración audiovisual (arg. ex art. 29.1 LGCA).

El obstáculo no sería tanto jurídico como fáctico, ya que, ¿por qué los titulares querrían renunciar a las licencias?

3.3 Modificación de las licencias para relajar o dulcificar sus condiciones

¿Por qué los titulares querrían renunciar?, decimos.

A cambio de algo, claro.

A cambio de la relajación o levantamiento de algunas de las condiciones de prestación del servicio que pesan sobre ellos. Concretamente, las que resultan de las ofertas que presentaron en los concursos y resultaron adjudicatarios. Solo con echar un vistazo a las normas autonómicas o a los pliegos reguladores de los concursos se advierte la gran variedad e intensidad de las obligaciones de todo orden que asumieron los licenciatarios: obligaciones de programación propia o referida a la circunscripción de la licencia; límites adicionales a la facultad de transferir el título a terceros; creación de puestos de trabajo; compromisos de inversiones...

A nadie se le escapa que la crisis económica y tecnológica que vive el sector ha hecho muy difícil la supervivencia de muchos medios y está suponiendo una evolución y reordenación del sector cuyo resultado final está lejos de adivinarse. Pero la falta de recursos también ha puesto en cuestión el cumplimiento de las condiciones de las licencias, con el consiguiente riesgo de poder ser sancionado o incluso sufrir la revocación del título.

No sería la primera vez que se modifican los títulos habilitantes buscando alcanzar o restablecer una situación de equilibrio de los intereses en liza y la continuidad de la actividad y la modificación sugerida podría ser una buena forma de alcanzar ese equilibrio al tiempo que se salvan los principios de igualdad y de concurrencia.

Además de favorecer la viabilidad económica actual de los prestadores, se adelantaría el momento en el que podría abrirse un nuevo concurso de adjudicación, redundando en un claro beneficio del interés público y de los consumidores en que operen los proyectos que sean mejores (y generen más ingresos para la hacienda pública) en función de las circunstancias actuales del mercado (pues las licencias se habrían otorgado conforme a criterios y condiciones que ya no son válidos), así como del interés de otros posibles competidores que tendrían la posibilidad de hacerse con esas licencias antes de lo previsto.

Acerca de la imposición de cargas o gravámenes adicionales para compensar la retirada de condiciones, hay que notar que en la práctica administrativa y judicial es constante la preocupación por garantizar cierto equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las empresas audiovisuales en los supuestos de modificación de los títulos habilitantes, tanto *in malam partem* (introducción de la TDT), como *in bonam partem* (autorización a Sogecable para emitir en abierto).

Así, el plan de transición a la TDT, aprobado por Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, es *respetuoso, no obstante, con los actuales operadores y cuida mucho de no ocasionarles perjuicios con el cambio, lejos de imponerles de forma inmediata la nueva tecnología, establece en su Disposición Adicional Primera un régimen de transitoriedad*, según la STS 30-4-2001 (rec. 610/1998).

A su vez, la modificación concesional que permitió a Sogecable, dueña de Canal +, emitir en abierto durante las 24 horas del día vino acompañada de *diversas condiciones entre las que destacan las encaminadas a incentivar la migración de los usuarios a su propio canal digital*, dirigidas a reforzar la transición a la TDT, *y las que establecen limitaciones por tres años para adquirir derechos en abierto sobre contenidos premium de cine y fútbol*, encaminadas a *evitar que Sogecable pudiera utilizar su posición en este mercado de contenidos en beneficio de su canal en abierto y perjudicase la competencia* (STS 19/2/2008, rec. 256/2005). Estas últimas permitieron al TS rechazar que la modificación de la concesión incumpliese los artículos 82 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea, que prohibían las medidas estatales que tuviesen por objeto o efecto favorecer el abuso por parte de una empresa de su posición de dominio, por ser contrarias a las normas de la competencia.

No obstante, la dificultad que presenta la opción que venimos comentando es que la LGCA, a diferencia de las normas precedentes, no regula la modificación de las licencias, de lo que podría desprenderse que son inalterables.

No compartimos esta conclusión. Obviamente, la LGCA no regula la modificación, por lo que, de acuerdo con la misma, las Administraciones audiovisuales no pueden alterar el contenido de las licencias.²⁵

No obstante, la Ley no impide que se habilite expresamente tal posibilidad y se establezcan los trámites correspondientes mediante la aprobación de una norma específica que podría tener el rango de un simple reglamento.

3.4 Viabilidad de regular la modificación

Dogmáticamente la justificación de modificar autorizaciones por motivos de interés público es clara.

Si dirigimos la vista a la teoría general sobre las autorizaciones, es perfectamente legítima la modificación de las llamadas “autorizaciones de funcionamiento” (las que se refieren a una actividad que se prolonga indefinidamente), contrapuestas a las autorizaciones por operación (que permiten un acto concreto y determinado, como la construcción de un edificio).

En las primeras, como señalan García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2011: 145ss.), la autorización hace surgir una relación permanente entre la Administración y el sujeto autorizado, pudiendo modificarse en todo momento sus condiciones o determinaciones para

proteger el interés público frente a las vicisitudes y circunstancias que puedan surgir, como ejemplifican las licencias municipales (art. 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y jurisprudencia del TS).

En cuanto al derecho positivo, nada en la LGCA sugiere que se pretendiera prohibir la modificación de las licencias, por lo que el silencio sobre este aspecto debe entenderse como un simple vacío o falta de regulación que cada Administración audiovisual puede integrar en el ámbito de sus competencias.

A mayor abundancia, la relación entre legislación básica y normativa de desarrollo no se despliega en términos de jerarquía, similares al esquema ley-reglamento ejecutivo o de desarrollo. Como señala la STS de 16/12/1993

no se trata tanto, en estos supuestos, de completar, pormenorizar, detallar o precisar una anterior regulación a nivel de Ley (que es lo propio de los Reglamentos ejecutivos a que se refiere el art. 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado), sino de ejercitar una competencia autonómica, en el plano normativo reglamentario, con sujeción o atendida a los límites que la uniformidad de la legislación básica estatal le impone, lo que permite a la Comunidad Autónoma introducir en la regulación opciones políticas propias, acomodadas a sus peculiares características, siempre que no desvirtúen las normas básicas estatales, por lo que, así considerados estos instrumentos normativos, más que desarrollar las normas básicas la función que cumplen es complementar el Ordenamiento jurídico (rec. 1052/1991).

Así lo ha hecho, por ejemplo, la Generalitat de Cataluña (art. 57 de la Ley 22/2005, de 29 de diciembre, de la Comunicación audiovisual de Cataluña).

En realidad, la complicación de fondo más importante que suscita la modificación de las licencias es el riesgo de falsear la concurrencia y la igualdad de las empresas.²⁶ La eliminación o dulcificación de condiciones puede suponer perjuicios y situaciones de grave injusticia para los empresarios que no obtuvieron la licencia al ofrecer condiciones menos ventajosas que las propuestas (y, a la postre, incumplidas) por las empresas ganadoras, amén de un quebranto importante del interés público en seleccionar las mejores ofertas y gestionar de manera eficiente un recurso escaso. Idéntico problema se plantea en relación con los empresarios que hubieran decidido no participar en atención a las condiciones y criterios de adjudicación.

Por desgracia esta problemática es de sobra conocida en el ámbito de la contratación administrativa, al punto que ha acabado imponiéndose, como regla general (con las lógicas excepciones), la prohibición de modificar los contratos salvo mediante una nueva licitación. Por lo que respecta al audiovisual, ilustra muy bien estos peligros el trabajo de Domenech (2014:10).

De cualquier modo, no parece que, para conjurar ese riesgo, deba permitirse la fosilización de las licencias ante adelantos tecnológicos, cambios económicos u otras alteraciones importantes de la realidad social, degenerando en su inaptitud para satisfacer los intereses públicos o hasta en la imposibilidad total de prestar el servicio. Con la debida atención a los principios de concurrencia y no discriminación, las licencias audiovisuales deberían sufrir los ajustes que sean necesarios para garantizar su permanente adherencia a los intereses públicos (art. 103.1 y 128.1 CE).

Además, tratándose de un servicio de interés económico general, cuyo disfrute encuentra reconocimiento constitucional (art. 20 CE), también cobran especial importancia los principios de continuidad, calidad, protección de los consumidores y defensa del pluralismo informativo, cuya salvaguarda puede exigir la adaptación de los títulos habilitantes.²⁷

Esta necesidad ha sido reconocida por la jurisprudencia en varios pronunciamientos que, aun recaídos bajo la vigencia del régimen concesional, trascienden al mismo.

Así, por ejemplo, la STS de 30 de abril de 2001 (rec. 610/1998) confirmó la legalidad del Real Decreto que propició el “apagón analógico” argumentando que

Es absurdo huir de los nuevos adelantos de la técnica a pretexto de unos pretendidos derechos adquiridos durante la vigencia de obsoletos sistemas de comunicación, que habría que petrificar para evitar la lesión de aquéllos. Baste en este momento señalar la acción renovadora que corresponde al ordenamiento jurídico para adaptarse a las nuevas exigencias que le imponen los avances de la ciencia, para lo cual ha de utilizar los mecanismos derogatorios generales y los principios que rigen las relaciones entre la ley y el reglamento, sin verse vinculado por tradicionales sistemas de regulación, más o menos acertados. [Énfasis añadido].

En esa sentencia, ha dicho el propio TS,

reconocimos la potestad del Gobierno para adoptar los instrumentos jurídicos apropiados para favorecer las migraciones tecnológicas, que justificaría la modificación del contenido de las concesiones derivado de la imposición de la tecnología digital, y recordamos el elemento de imprevisibilidad que rige el desarrollo del sector de las telecomunicaciones (STS de 19 de febrero de 2008, rec. 256/2005).

También justifican la adopción de una norma que habilite la modificación de los principios jurídicos de que nadie está obligado a lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*²⁸) y *pacta sunt servanda, rebus sic stantibus* (los pactos deben cumplirse, mientras las cosas sigan así).

Aunque este último principio afecta sobre todo a los contratos, también se ha aplicado para explicar la modificación y hasta la cancelación sobrevenida de otro tipo de actos jurídicos: modificación de licencias de telecomunicaciones (SAN 17/03/2006, rec. 1385/2002); acuerdo por el que se compromete el pago de unas cantidades a la hacienda pública si se dan ciertos supuestos a cambio de incluir unos medicamentos en la cartera del Sistema Nacional de Salud (STS 29-6-2010, rec. 3314/2008, si bien para negar la aplicación del principio a los compromisos unilaterales); modificación de medidas cautelares (STC 105/1994, 11/04/1994); suspensión y modificación de los acuerdos sobre condiciones de trabajo del personal funcionario (STSJ Castilla-La Mancha 8/02/2012, rec. 415/2010); convenios urbanísticos (STSJ Madrid 15/12/2012, rec. 1383/2012); apartamiento de precedentes judiciales (STSJ Cataluña 30/06/2011, rec. 180/2010)...

3.5 Regulación en una norma reglamentaria

En cuanto al rango que debería tener una norma que regulase la modificación, creemos que sería suficiente un reglamento aprobado por el Consejo de Ministros o por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente, vista la consideración instrumental y, en este sentido, "menor" que tiene para la jurisprudencia constitucional el derecho a crear medios de comunicación y la regulación de las condiciones y soportes técnicos que sirven de soporte al mismo a efectos de la reserva de ley en materia de derechos fundamentales que resulta de los artículo 53.1 y 81 CE.

Así, según la STC 329/2005, de 15 de diciembre (FJ 9):

la Constitución [...] consagra también del derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades [...] Pero no es menos cierto [...] que no se puede equiparar la intensidad de protección de los "derechos primarios", directamente garantizados por el art. 20 CE, con la de los derechos que son en realidad "meramente instrumentales" de aquéllos a crear los soportes o medios de comunicación necesarios para ejercer esas libertades. [...] que su naturaleza "aconseja no entender como una decisión esencial respecto de esos derechos la ordenación de las condiciones técnicas del medio televisivo"; y que "unos extremos como son los sistemas de transporte y difusión de señales... no son ni desarrollo directo de los derechos fundamentales del art. 20.1 CE ni tampoco realmente, una verdadera regulación de las condiciones para su ejercicio" (todas en la STC 127/1994, de 5 de mayo, FFJJ 4 y 5).

3.6 Algunas observaciones sobre el procedimiento de modificación

Teniendo en cuenta la afectación de los principios de concurrencia e igualdad, el procedimiento de modificación de las licencias debería guardar especial cuidado en fundamentar adecuadamente la convicción positiva de que concurre un interés público relevante que legitima la modificación, así como en conducir a modificaciones que guarden un

justo equilibrio entre el interés público en convocar nuevos concursos cuanto antes, el interés de los titulares en ver relajadas las condiciones de las licencias y los intereses de terceros.

Para ello sería necesario desplegar una mínima actividad probatoria de los hechos determinantes (coste del cumplimiento efectivo de las condiciones; razones concretas que puedan imposibilitar o dificultar su cumplimiento, etc.).

La emisión de un dictamen por el Consejo de Estado, u órgano autonómico equivalente, sería especialmente útil de cara a facilitar el acierto de la decisión, dada su experiencia dictaminando expedientes análogos (acuerdos de transacción y modificación de contratos: art. 21.8 y 22.12 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, respectivamente).

Finalmente, habría que tener en cuenta las exigencias sustanciales y procedimentales que se desprenden del artículo 14 de la Directiva Autorización, pues, como ya se ha dicho, esta norma es aplicable al sector del audiovisual:²⁹

Los Estados miembros velarán por que los derechos, condiciones y procedimientos relativos a las autorizaciones generales y los derechos de uso o derechos de instalación de recursos puedan ser modificados únicamente en casos objetivamente justificados y de manera proporcionada, tomando en consideración, cuando proceda, las condiciones específicas aplicables a derechos transferibles de uso de radiofrecuencias. Excepto cuando se trate de propuestas de modificación de escasa importancia convenidas con el titular de los derechos o de la autorización general, deberá notificarse adecuadamente la intención de efectuar tales modificaciones y concederse a las partes interesadas, incluidos los usuarios y los consumidores, un plazo suficiente, no inferior a cuatro semanas salvo en circunstancias excepcionales, para que puedan manifestar sus puntos de vista sobre las modificaciones propuestas.

Conclusiones

1. La LGCA permite utilizar el precio ofrecido por los licitadores como uno de los criterios de adjudicación de las licencias audiovisuales y darle cierta preponderancia, siempre que no se aplique de manera tal que ponga en riesgo la continuidad o calidad del servicio (*alzas temerarias*).

2. Además, lo razonable, y pensamos que conforme con la LGCA, sería que los criterios establecidos en esta ley no se usasen como criterios de adjudicación, sino de solvencia, de manera que se pudiese requerir para participar en los concursos ciertos años de experiencia o un volumen de negocios determinado en el sector, siempre de manera proporcionada, pero, cumplidos estos mínimos, se valorasen las candidaturas de los admitidos en función de otros criterios de naturaleza objetiva.

3. Los criterios del artículo 28.3 sólo son aplicables a los concursos de adjudicación de licencias en explotación que no sean renovadas automáticamente por los motivos que señala el primer párrafo de ese precepto (petición de un tercero apto con agotamiento del espacio radioeléctrico).

4. A fin de aplicar el precio ofrecido como criterio de adjudicación cuanto antes, sería posible acortar las licencias de los titulares actuales mediante su renuncia, formulada a cambio de relajar las condiciones a las que se someten. Sería necesaria una norma que habilitase las modificaciones, pero bastaría un reglamento.

¹ Manuel Peláez es funcionario de carrera del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y Letrado de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (España). Las opiniones expresadas en este escrito reflejan exclusivamente el criterio del autor y no deben ser atribuidas a ninguna de esas instituciones.

² Aunque algunas Comunidades Autónomas los han regulado en normas legales o reglamentarias de aplicación general. Así, por ejemplo, el art. 11 Ley 10/2007, de 29 de marzo, de Medios audiovisuales de Castilla-La Mancha, enumera una serie de criterios para la adjudicación de las “concesiones” (sic) de radio y televisión abiertos a *cualesquiera otros que, por considerarse relevantes, se establezcan en los pliegos de condiciones del respectivo concurso*.

³ En el mismo sentido, BOIX PALOP (2012:9).

⁴ Donde se cita la definición del artículo 75.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que pasa sin ningún cambio al artículo 74.3 del texto refundido de dicha ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP). Las normas legales posteriores a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) —incluyendo el vigente texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP)— prescinden de las denominaciones tradicionales de concurso y subasta, pasando a distinguir entre procedimientos con varios criterios de adjudicación y procedimientos con un solo criterio de adjudicación, que *ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo* (art. 150.1 TRLCSPP).

⁵ La única excepción eran las licencias de “televisión en movilidad y servicios conexos”, como se verá más adelante.

⁶ Enmienda nº 621 del GPS. BOCG, Congreso, serie A, núm. 45-6, 17/12/2009.

⁷ BOCG citado en nota anterior.

⁸ En sentido parecido, el Informe 2/2015, de 17/03/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

⁹ La LGCA no lo aclara, pero entendemos que lo lógico es aplicar el régimen de los bienes de dominio público, dado el carácter demanial del espectro radioeléctrico y, dentro de dicho

régimen, las normas que disciplinan el otorgamiento de concesiones, puesto que la franja o “porción” de demanio radioeléctrico ocupada por el titular de la licencia no puede ser empleada por terceros, suponiendo, pues, un uso excluyente o privativo en el sentido del artículo 86.3 LPAP. En todo caso, es un uso superior a los cuatro años (arg. *ex art.* 86.2 *in fine*).

¹⁰Se reprochó al Gobierno haber establecido de antemano un precio fijo “*sorprendentemente*» *bajo*” (Ganuzo y Vicens, 2014:17), dejando la valoración de las ofertas a criterios “de calidad”, cuando en otros países se habían obtenido pingües ingresos.

De una recaudación total en Europa de más de 100.000 millones de euros (39.000 sólo en Reino Unido), España obtuvo poco más de 456 millones y los ambiciosos compromisos de inversión y generación de empleo no se correspondieron con la realidad (ib.: 21 y 17).

¹¹ V. STC 135/2012, de 19 de junio, que confirmó la constitucionalidad de este precepto.

¹² Pues *la licencia lleva aparejada la concesión de uso privativo del dominio público radioeléctrico disponible para la prestación del servicio* (art. 32.4 LGCA), al punto que estos dos títulos son *dos actos administrativos [...] que, de facto se confunden en uno solo* (STC 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 3).

Así, el TS ha declarado que las licencias de televisión están sometidas a las Directivas del “paquete sobre telecomunicaciones”: Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un Marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco); Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la Autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización); Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la Competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva competencia).

Argumenta el TS que *la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de difusión de televisión y tecnologías de la información, en la medida en que supone la utilización de redes de transmisión, deben estar sometidos a un único marco jurídico, sin perjuicio de la regulación específica de los contenidos audiovisuales* (STS 2/06/2009, rec. 96/2005).

En la misma línea la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea cit. Centro Europa 7 Srl.

¹³ Denominación completa de la Directiva en nota 12.

¹⁴ Denominación completa de la Directiva en nota 12.

¹⁵ V., no obstante, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Ambisig de 26/03/2015 (C-601/13), que, rompiendo con una doctrina muy consolidada, admite valorar la experiencia de los medios personales adscritos a la ejecución del contrato.

En igual sentido, la nueva Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre Contratación pública [considerando 94 y art. 67.2 b)] y el proyecto de ley que la transpone [BOCG 2/12/16, art. 145.3 b) 2º)]. En todo caso, se posibilita valorar la experiencia de los medios personales, no de las empresas en sí.

¹⁶ En contra puede citarse la STS de 10/02/2016 (ECLI:ES:TS:2016:1591), negando que, una vez convocadas, la Administración pueda renunciar a la adjudicación de licencias audiovisuales amparándose en el artículo 155 TRLCSP. El fallo del tribunal es justísimo, pues la motivación de esta renuncia era manifiestamente defectuosa (ver el acuerdo en el Boletín Oficial del País Vasco de 24/01/2013). Además, en efecto, es muy dudoso que el artículo 155 pueda aplicarse en los concursos audiovisuales.

Con todo, esta sentencia y, sobre todo, la del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de la que trae causa, deslizan consideraciones de alcance dogmático que no sólo no eran necesarias, sino que introducen confusión. Que licencias y contratos sean diferentes no implica necesariamente que los procedimientos de otorgamiento deban ser antagónicos o que se funden en principios incompatibles, como afirma la sala de Bilbao, además de que está por ver que las licencias audiovisuales se comporten de verdad como una autorización de policía clásica, en la que la Administración se limita al reconocimiento reglado de un derecho preexistente, como también se dice en la sentencia. En el audiovisual, como en otros sectores regulados, la idea de autorización y concesión como tipos puros perfectamente diferenciados no parece ya válida (V. en este sentido, Parejo, Jiménez-Blanco y Ortega: 1998, 494-493).

¹⁷ En el mismo sentido, Domenech (2012, 28-29).

¹⁸ BOCG, Congreso, Serie A, núm. 45-6, 17/12/2009, p. 10.

¹⁹ Así, el artículo 34.1 del proyecto de ley establecía que *la valoración de los candidatos en los concursos de otorgamiento deberá tener en cuenta la experiencia acumulada como prestadores del servicio de comunicación audiovisual* (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 45-1, de 23/10/2009) mientras que el que aprobó el Congreso precisó: *como criterio para la acreditación de la solvencia de los candidatos en los concursos de otorgamiento se tendrá en cuenta la experiencia acumulada como prestadores del servicio de comunicación audiovisual* (BOCG. Senado, serie II, núm. 41-a, de 28/01/2010).

²⁰ Nótese que este precepto regula el tratamiento de las *ofertas con valores anormales o desproporcionados*, cubriendo tanto bajas como alzas que, por excesivas, pueden arriesgar la realización de la prestación comprometida.

²¹ V., por ejemplo, el Acuerdo del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad De Madrid 13/2011, de 1/06/2011.

²² Puede argumentarse que, si la renovación de las licencias no fuese automática o, de manera más controvertida, no se reconociese cierta ventaja a los operadores establecidos cuando compiten por obtenerlas de nuevo, su independencia podría verse perturbada. El gobierno de turno podría eliminar a operadores incómodos denegando la renovación o bien fijando criterios de adjudicación, o aplicándolos de manera tal que resulte adjudicatario un tercero más dócil.

Satrústegui (2011, 201) critica que la Ley de Ordenación de las telecomunicaciones de 1987 facilitase este tipo de maniobras, citando el caso de la cadena COPE en Cataluña (STS 15/11/2005, rec. 5608/2003):

De esa forma no se reconoció una preferencia de los antiguos titulares sobre los nuevos solicitantes en la renovación de las concesiones y eso dio lugar a episodios de no

renovación injustificada de las concesiones, obviamente contrarios a la libertad de información y que fueron corregidos por los tribunales.

²³ Un negocio ya establecido no tiene que afrontar costes de puesta en marcha. A la vez, el goce de renovaciones automáticas y concursos en condiciones favorables reduce los costes de funcionamiento de ese negocio (Cuestión diferente es si esos menores costes redundan en beneficio de la sociedad).

Ver, en este sentido, Peña (1996, 357), en relación con la Ley de Telecomunicaciones estadounidense de 1996:

Con más garantías sobre el proceso de concesión y disfrute de licencias, los propietarios de estaciones de radio y televisión no tendrán que hacer frente, por más tiempo, a desafíos costosos e interminables de sus licencias, provenientes de outsiders, a menos que sean previamente declarados inidóneos por la Comisión.

²⁴ Especialmente grosero parece el caso de la Xunta de Galicia, donde se han promulgado dos “amnistías” en cuatro años, eximiendo a los operadores con título adjudicado antes de la LGCA del cumplimiento de los requisitos legales y de los compromisos que habían asumido en los procedimientos de adjudicación correspondientes durante dos años, primero, y después, cuatro. (Art. 38 de la Ley gallega 12/2014, de 22 de diciembre y Disposición Adicional tercera de la Ley 2/2017, de 8 de febrero). Uno de los canales beneficiados ni siquiera estaría emitiendo (eldiario.es, 5/12/2016).

Es comprensible cierta sensibilidad a las necesidades del sector, tratando de viabilizar el negocio ante circunstancias extraordinarias y, en parte, imprevisibles (crisis publicitaria, auge de los medios de televisión conectada...). Pero eximir del cumplimiento de la ley y de los compromisos en virtud de los cuales se obtuvo el derecho a emitir durante un periodo de, por lo menos, siete años (2015-2021) supera todo límite razonable.

²⁵ La falta de previsión de la LGCA no puede suplirse con la simple voluntad de la Administración en forma de acto modificativo, aunque contase con consentimiento de los titulares directamente afectados. Puesto que concurren bienes e intereses jurídicos contrapuestos, puede afirmarse la plena vigencia del principio de vinculación positiva de la Administración a la legalidad (*positive bindung*), en virtud del cual, la Administración sólo puede hacer aquello para lo que el derecho objetivo la habilita expresamente (En este sentido, STSJ Andalucía 17/12/2007, rec. 557/2004.).

²⁶ V. STJ cit. Centro Europa 7 Srl.

²⁷ V. “Libro verde” y “Libro blanco” de la Comisión sobre los servicios de interés general [21.5.2003 COM (2003) 270 final; 12.5.2004 COM (2004) 374 final].

²⁸ Art. 47.1 c) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas.

²⁹ V. nota 12.

Bibliografía

ARROYO, L. y UTRILLA, D. (dirs.) (2015). *La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número*. Madrid: Marcial Pons.

BOIX PALOP, A. (2012). "Regulación y Mercado en el Sector Audiovisual español". Comunicación presentada en la Jornada sobre Regulación y Competencia en Servicios de Interés General (Málaga, 23 y 24 de noviembre de 2012). Consultado en <http://admvo.derecho.uma.es/comunicaciones/Boix.pdf> el 10 de marzo de 2017)

DOMENECH PASCUAL, G. (2012). "La valoración de las ofertas en el derecho de los contratos públicos". *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 30. (pg.1-59).

DOMENECH PASCUAL, G. (2014). "Subastémoslas. La adjudicación de las licencias en el mercado audiovisual". En BALAGUER CALLEJÓN, F. y ARANA GARCÍA, E. (eds.): *Libro Homenaje al Profesor Rafael Barranco Vela*. Cizur Menor: Aranzadi. (Vol. II, pg. 2847-2868.)

GANUZA FERNÁNDEZ, J. J. y VIECENS, M. F. (2014). "Las subastas del espectro radioeléctrico en España". *Economía industrial*. Nº 393, 2014. (pg. 15-24.)

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R. (2011). *Curso de derecho administrativo. II*. Madrid: Civitas.

LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009). *Servicios de Interés Económico General*. Cizur Menor: Aranzadi.

MIR PUIGPELAT, O., HOFMANN, H. C. H., SCHNEIDER, J.-P., ZILLER J. (dirs.) (2015). *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

PAREJO ALFONSO, L., JIMÉNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L. (1998). *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel.

PEÑA, P. J. (1996). "Desregulación y competencia en la ley de telecomunicaciones norteamericana de 1996". *Revista de Administración Pública*. Nº 141, septiembre-diciembre 1996.

SATRÚSTEGUI GIL-DELGADO, M. (2011). "Fundamentos del régimen jurídico de la televisión y de la radio privadas". *Revista de Administración Pública*. Nº 185, mayo-agosto 2011.