

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062946

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 59/2018, de 19 de enero de 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 4492/2015

SUMARIO:

Concurso público para la adjudicación en régimen de concurrencia de seis licencias estatales de televisión en abierto. Otorgamiento de canales HD a Mediaset y Atresmedia. Pluralismo. Impugnación por asociación de anunciantes. Legitimación. La afectación al mercado de la publicidad es innegable, aunque sea incierto el sentido más o menos favorable o desfavorable, o la intensidad de dicho efecto. Pero para fundar la legitimación de una asociación de anunciantes es suficiente constatar que el acuerdo influye sobre el sector publicitario, lo que basta para que la entidad actora tenga un interés directo en que el acuerdo impugnado haya sido adoptado respetando la legalidad. Es por lo tanto irrelevante que no sea una operadora en el mercado televisivo y que, por tanto, no haya participado en el concurso así como lo es también, a los efectos de su legitimación material en fase de admisión, que no haya impugnado las bases del mismo. Lo único relevante en fase de admisión, es que la actora ostenta un interés legítimo en que la adjudicación de las licencias sea conforme a derecho, dada su repercusión indudable en el mercado de la publicidad televisiva. La garantía del pluralismo en la actual normativa televisiva española tiene una doble manifestación, aunque de muy distinto rango normativo. Por un lado, la Ley 7/2010 limita los procesos de concentración. Por otro, la normativa de adjudicación -las bases de la convocatoria-, establece exigencias que aseguran el respeto del pluralismo en la oferta televisiva de los propios operadores. No es posible aplicar las exigencias del artículo 36 de la Ley General de Comunicación Audiovisual a un supuesto de adjudicación de canales, porque el tenor literal del precepto se refiere tan solo a la vertiente de las medidas de garantía del pluralismo relativa al pluralismo entre operadores y afecta únicamente a los procesos de concentración (limitación de la adquisición de participaciones o derechos de voto por un operador); y porque la otra vertiente de la garantía del pluralismo, referida al pluralismo en el seno de cada plataforma televisiva, ha sido adoptada por la Administración en las bases de la convocatoria, y se plasma únicamente en el necesario respeto de dicho valor dentro de la programación de cada operador. Lo anterior no supone desconocer el alcance del pluralismo como valor constitucional y reconocido con carácter general en la propia Ley, bajo su formulación como un derecho del público. Pero no es posible aplicar analógicamente una concreta garantía del pluralismo, clara y expresamente formulada para un supuesto de concentración, a una adjudicación de licencias por concurso, tanto por la expresa literalidad del precepto en cuestión, como porque la normativa del concurso ha optado por una modalidad distinta para la garantía del pluralismo, como lo es asegurar que las ofertas de los concursantes ofrezcan medidas y compromisos de pluralidad en la programación.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 1.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 19.1 a).

Ley 7/2010 (General de la Comunicación Audiovisual), arts. 4, 36, 37.

PONENTE:

Don Eduardo Espin Templado.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera



Sentencia núm. 59/2018

Fecha de sentencia: 19/01/2018

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/a)

Número del procedimiento: 4492/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/01/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Transcrito por: PJM

Nota:

REC.ORDINARIO(c/a) núm.: 4492/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pedro Jose Yague Gil, presidente
D. Eduardo Espin Templado
D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. Maria Isabel Perello Domenech
D. Jose Maria del Riego Valledor
D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 19 de enero de 2018.



Esta Sala ha visto , constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso contencioso-administrativo ordinario número 2/4492/2015, interpuesto por la Asociación Española de Anunciantes, representada por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y bajo la dirección letrada de D. Íñigo Bilbao Sörensen, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015, por el que se resuelve el concurso público para la adjudicación mediante régimen de concurrencia de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal. Son partes demandadas la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado; Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., representada por la procuradora D.ª Gloria Teresa Robledo Machuca y bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Bascones Huertas y D. Ramón Vigil Fernández; Primavera en Córdoba, S.L., representada por la procuradora D.ª Isabel Julia Corujo y bajo la dirección letrada de D. Jaime Rodríguez Díez; Real Madrid Club de Fútbol, representado por la procuradora D.ª Ana Isabel Arranz Grande y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier López Farre; Mediaset España Comunicación, S.A., representada por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal y bajo la dirección letrada de D. Alfonso López López; 13 TV, S.A., representada por la procuradora D.ª María José Bueno Ramírez y bajo la dirección letrada de D. Javier López Gutiérrez, y Central Broadcaster Media, S.L., representada por el procurador D. David Martín Ibeas y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Barroso López.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

En fecha 28 de diciembre de 2015 la representación procesal de la demandante ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ordinario contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015, por el que se resuelve el concurso público para la adjudicación mediante régimen de concurrencia de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal, el cual había sido publicado en el Boletín Oficial del Estado de 28 de octubre de 2015.

Segundo.

Recibido el expediente administrativo previamente reclamado, se ha entregado el mismo a la parte actora para formular la correspondiente demanda, lo que ha verificado mediante escrito, al que acompaña documentación. Previa alegación de las argumentaciones que considera oportunas, suplica que se dicte sentencia estimatoria por la que se declare parcialmente nulo el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015, en concreto en lo relativo al acuerdo primero, licencia 5 -"un canal de televisión en alta definición (HD) en el múltiple digital MPE5 a Mediaset España Comunicación, S.A."- y licencia 6 -"un canal de televisión en alta definición (HD) en el múltiple digital MPE5 a Atresmedia Corporación Medios de Comunicación, S.A."-, con los demás pronunciamientos que en derecho procedan. Mediante los correspondientes otrosíes manifiesta que debe considerarse que la cuantía del recurso es indeterminada y solicita que se acuerde la realización del trámite de conclusiones.

Tercero.

De dicha demanda se ha dado traslado a la Administración demandada, habiendo presentado el Sr. Abogado del Estado escrito por el que la contesta y en el que, tras las alegaciones oportunas, suplica que se resuelva el proceso por sentencia que desestime el recurso interpuesto, con costas. A través de sendos otrosíes expresa que debe estimarse que la cuantía del recurso es indeterminada y manifiesta que no se opone al trámite de conclusiones interesado de contrario.

Posteriormente se ha concedido plazo a los codemandados para contestar la demanda, habiendo presentado la representación de Mediaset España Comunicación, S.A. en el plazo establecido legalmente un escrito formulando alegaciones previas por entender que la recurrente carece de legitimación activa de conformidad con el artículo 69.b), en relación con el 19.1.b), de la Ley de la Jurisdicción . Se ha resuelto el incidente mediante auto de 28 de diciembre de 2016, que lo desestima.



Han cumplimentado el traslado para contestar la demanda todas las partes codemandadas, a excepción de 13 TV, S.A., a quien se ha tenido por caducada en dicho trámite.

Primavera en Córdoba, S.A. solicita en su escrito que se dicte sentencia por la que se inadmita o, subsidiariamente, se desestime el recurso, todo ello con expresa imposición de costas.

Real Madrid Club de Fútbol suplica en el suyo que se dicte sentencia por la que se inadmita o, subsidiariamente, desestime el recurso, con imposición de costas a la recurrente; por los correspondientes otrosíes expone que debe considerarse que la cuantía del mismo es indeterminada y que no resulta necesario el recibimiento a prueba, y solicita que se acuerde la presentación de conclusiones.

Central Broadcaster Media, S.L. ha presentado un escrito que finaliza con el suplico de que se inadmita el recurso o, en su defecto, se dicte sentencia desestimatoria con expresa imposición de costas a la parte demandante; mediante sendos otrosíes manifiesta que la cuantía del recurso debe establecerse como indeterminada y que no se opone al trámite de conclusiones interesado de contrario.

Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A. en su escrito de contestación a la demanda suplica que se acuerde desestimar el mismo, con la condena en costas a la parte actora; por otrosí expone que debe considerarse la cuantía del recurso como indeterminada.

Por último, Mediaset España Comunicación, S.A., quien adjunta documentación a su escrito, solicita en el mismo que se dicte sentencia por la que se inadmita el recurso o, subsidiariamente, se desestime, con costas; mediante los correspondientes otrosíes solicita que se acuerde su recibimiento a prueba, expresando los puntos de hecho sobre los que la misma debería versar y los medios probatorios de los que intentaría valerse, así como la realización del trámite de conclusiones escritas.

Cuarto.

Mediante decreto de 28 de febrero de 2017 la Letrada de la Administración de Justicia ha fijado la cuantía del recurso como indeterminada, dictándose seguidamente auto de 9 de marzo acordando el recibimiento a prueba del mismo, con admisión de las pruebas documentales propuestas, y concediendo a las partes plazo por el orden establecido en la Ley jurisdiccional para formular conclusiones, que han evacuado a excepción de la codemandada 13 TV, S.A.

Se han declarado posteriormente conclusas las actuaciones.

Quinto.

Por providencia de fecha 6 de noviembre de 2017 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 9 de enero de 2018, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto y planteamiento del recurso.

La Asociación Española de Anunciantes (AEA) impugna mediante el presente recurso contencioso administrativo el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015, por el que se resuelve el concurso público para la adjudicación mediante régimen de concurrencia de seis licencias para la explotación en régimen de explotación en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal.

La asociación recurrente, tras justificar su legitimación y el cumplimiento de los requisitos de admisión, afirma que el acuerdo recurrido, al otorgar sendos canales de alta definición a las operadoras Mediaset y Atresmedia, ha vulnerado los límites establecidos por los apartados 2 y 5 del artículo 36 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010, de 31 de marzo) respecto al porcentaje de audiencia y respecto a la ocupación del espacio radioeléctrico. Considera asimismo la recurrente que ha habido una deficiente y errónea valoración de la documentación aportada por las referidas solicitantes y afirma además que no se ha tenido en cuenta que las dos operadoras han sido sancionadas por infracciones de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

Concluye la Asociación Española de Anunciantes que al otorgar dos licencias a las citadas operadoras el acuerdo ha perjudicado gravemente la competencia en el sector televisivo y, como consecuencia de ello, en el



mercado de la publicidad en dicho medio. Solicita la nulidad parcial del acuerdo en lo que respecta a las licencias otorgadas a dichas plataformas audiovisuales.

El Abogado del Estado considera, por el contrario, que las previsiones del artículo 36 de la Ley General de Comunicación Audiovisual no son aplicables al otorgamiento de licencias por concurso, sino a los procesos de adquisición de participaciones o de derechos de voto entre operadoras. Entiende además que la valoración de las ofertas ha sido conforme a derecho y que en el momento de la resolución del concurso las operadoras Mediaset y Atresmedia no tenían ninguna sanción firme impuesta.

Las restantes partes codemandadas coinciden en gran medida con los argumentos expresados por el representante de la Administración y consideran que el acuerdo impugnado es conforme a derecho.

Por otra parte, tanto la Administración como las restantes sociedades codemandadas oponen diversas causas de inadmisión que examinamos en el siguiente fundamento de derecho.

Segundo. *Sobre las causas de inadmisión formuladas por las partes codemandadas.*

Las partes codemandadas alegan en sus escritos falta de legitimación, falta de acuerdo para recurrir por parte del órgano competente según los estatutos de la asociación recurrente y falta de impugnación en su momento de las bases de la convocatoria.

En lo que respecta a la legitimación, hemos de reiterar las razones dadas en el Auto de 28 de diciembre de 2016, en el que afirmamos lo siguiente:

"[...] El interés material y efectivo que puede otorgar legitimación no puede ser definido en términos tan restringidos como pretende la codemandada Mediaset. Es cierto, sin duda, que la Asociación actora no es una competidora en la obtención de los canales sometidos a concurso y que la adjudicación en sí misma no le afecta. Pero no deja de ser cierto que las adjudicaciones de este y otros canales que puedan salir a concurso determinan la estructura de un mercado de importancia capital de los anunciantes publicitarios, y tales consecuencias indirectas sí son, en principio, del interés de éstos y de una asociación que les representa, sin que sea relevante la mayor o menor implantación de la demandante en el sector publicitario. En consecuencia y en sede liminar, no es posible rechazar la legitimación de la entidad actora."

Frente a lo que se afirma por alguna de las partes, la afectación al mercado de la publicidad es innegable, aunque sea incierto el sentido más o menos favorable o desfavorable, o la intensidad de dicho efecto. Pero para fundar la legitimación de una asociación de anunciante es suficiente constatar que el acuerdo influye sobre el sector publicitario, lo que basta para que la entidad actora tenga un interés directo, amparado en el artículo 19.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, en que el acuerdo impugnado haya sido adoptado respetando la legalidad. Es por lo tanto irrelevante que no sea una operadora en el mercado televisivo y que, por tanto, no haya participado en el concurso así como lo es también, a los efectos de su legitimación material en fase de admisión, que no haya impugnado las bases del mismo, lo que es asimismo esgrimido como causa de inadmisión. Lo único relevante en fase de admisión, es que la actora ostenta un interés legítimo en que la adjudicación de las licencias sea conforme a derecho, dada su repercusión indudable en el mercado de la publicidad televisiva. O, dicho de otro modo, dado que la actora entiende que el acuerdo otorgando dos licencias a las operadoras mayoritarias le perjudica gravemente por suponer una mayor concentración en el mercado publicitario, es obvio que ostenta un interés legítimo en anularlo si, como ella sostiene, ha sido adoptado contra legem.

Por otra parte, varias de las partes codemandadas aducen que el acuerdo para recurrir por parte de la Asociación Española de Anunciantes no ha sido adoptado por el órgano estatutario competente para ello, el Comité Ejecutivo, sino por el Consejo Directivo. En el citado auto de 28 de diciembre de 2016 dijimos a este respecto lo siguiente:

"En lo que respecta al acuerdo para litigar, la demandante sostiene la capacidad del Comité de Dirección para adoptar el acuerdo de interposición de recursos y se refiere a la práctica ordinaria de la Asociación. Pues bien, aunque de conformidad con las previsiones estatutarias la adopción del acuerdo pudiera corresponder más propiamente al referido Comité ejecutivo, no puede desconocerse la práctica habitual de funcionamiento de la entidad a la que se refiere la demandante, dado que todos los miembros del Comité Ejecutivo forman parte del Comité de Dirección y que las atribuciones estatutarias del Consejo directivo parecen suficientes para adoptar también un acuerdo semejante. [...]"



En efecto, el hecho de que los miembros del Comité Ejecutivo (de 11 miembros) sean también integrantes del Consejo Directivo (de 37 miembros) y que los mismos estuvieran presentes, salvo dos, en la sesión que adoptó el acuerdo, es suficiente para considerar que el acuerdo adoptado es expresivo de la voluntad de la Asociación de recurrir, pese al deficiente cumplimiento de las previsiones estatutarias. Debe tenerse en cuenta asimismo que el Consejo Directivo es un órgano más amplio y que ostenta facultades de dirección, las cuales deben ser cumplimentadas por el Comité Ejecutivo.

Tercero. *Sobre las limitaciones establecidas por los apartados 2 y 5 del artículo 36 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.*

Como se ha indicado en la mención de las alegaciones formuladas por la asociación actora, ésta sostiene que el acuerdo del Consejo de Ministros incumple las limitaciones contenidas en el artículo 36 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, apartados 2 y 5, en relación con los porcentajes de audiencia y con la ocupación del espacio radioeléctrico. El artículo 36 está comprendido, en el Capítulo I del Título III de la Ley, capítulo denominado "Régimen jurídico básico de la prestación de servicios de comunicación audiovisual en un mercado transparente y plural"; y dentro de dicho capítulo, en la sección 3ª denominada "Reglas para el mantenimiento de un mercado audiovisual competitivo, transparente y plural", cuyos artículos 36 y 37 se dedican al pluralismo en los mercados audiovisuales televisivo y radiofónico respectivamente. Quiere esto decir que el artículo 36 que la parte recurrente estima vulnerado se enmarca en las disposiciones de la Ley encaminadas a asegurar y potenciar el pluralismo en el medio televisivo, lo que se persigue mediante el establecimiento de determinados límites a los procesos de concentración empresarial en dicho ámbito.

El artículo 36 de la Ley General de Comunicación Audiovisual tiene el siguiente tenor:

" Artículo 36. *Pluralismo en el Mercado Audiovisual Televisivo.*

1. Las personas físicas y jurídicas pueden ser titulares simultáneamente de participaciones sociales o derechos de voto en diferentes prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva.

2. No obstante ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una participación significativa en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal, cuando la audiencia media del conjunto de los canales de los prestadores de ámbito estatal considerados supere el 27% de la audiencia total durante los doce meses consecutivos anteriores a la adquisición.

3. La superación del 27% de la audiencia total con posterioridad a la adquisición de una nueva participación significativa no tendrá ningún efecto sobre el titular de la misma.

4. Las participaciones sociales o los derechos de voto de personas físicas o jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo estarán sujetas al cumplimiento del principio de reciprocidad. De producirse un incremento en las participaciones que, a la entrada en vigor de esta Ley, ostenten las personas físicas y jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo, el porcentaje total que ostenten en el capital social del prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva deberá ser, en todo momento, inferior al 50% del mismo.

5. Ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en más de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva:

a) Cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito estatal acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a dos canales múltiplex.

b) Cuando los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de ámbito autonómico acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a un canal múltiplex.

c) Ninguna persona física o jurídica titular o partícipe en el capital social de un prestador del servicio de comunicación audiovisual televisiva de ámbito estatal podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en el capital de otro prestador del mismo servicio, cuando ello suponga impedir la existencia de, al menos, tres

prestadores privados distintos del servicio de comunicación audiovisual televisiva en el ámbito estatal, asegurándose el respeto al pluralismo informativo."

En primer lugar debe observarse que el precepto se encabeza con un principio general favorable a las concentraciones audiovisuales recogido en el primer apartado, y sólo después se contemplan limitaciones al mismo. Esto quiere decir que el legislador ha considerado que el mercado audiovisual española admite, por sus dimensiones, un mayor grado de concentración.

Sólo entonces, tras admitir el legislador en el apartado 1 la posibilidad de que un mismo sujeto sea titular de participaciones o derechos de voto en varias plataformas televisivas, impone un límite tanto en el porcentaje de audiencia como en el uso del espacio radioeléctrico. Pero lo que resulta de especial relevancia para el presente asunto, es que tales limitaciones se imponen de manera expresa únicamente en relación con los procesos de concentración o, dicho de otro modo, en relación con la adquisición por parte de un sujeto, sea persona física o jurídica, de participaciones sociales o de derechos de voto en otro operador televisivo.

Hasta tal punto es claro que esto es así que la limitación relativa al porcentaje de audiencia (un máximo del 27%) se establece tan sólo para permitir o no la adquisición de participaciones sociales o derecho de voto en otra plataforma, pero no se trata de un límite absoluto: el apartado 2 estipula expresamente que la superación de dicho porcentaje de la audiencia total con posterioridad a la adquisición de una nueva participación social significativa "no tendrá ningún efecto sobre el titular de la misma". Esto es, en definitiva, no existe un límite absoluto a la audiencia que una plataforma televisiva o un determinado sujeto pueda tener, como tampoco lo hay al número de licencias que pueda poseer. Así pues, los límites que la Ley establece en garantía del pluralismo están encaminados a evitar operaciones de concentración que en sí mismas y en el momento de realizarse supongan la superación de determinados límites.

Así pues y tal como acabamos de indicar, el artículo 36 de la Ley General de Comunicación Audiovisual se refiere a supuestos de adquisición de participaciones o derechos de voto por un sujeto que ya es titular de ellos en otra plataforma de servicios audiovisuales, mientras que el acuerdo impugnado tiene por objeto la adjudicación de seis licencias de ámbito nacional por ondas hertzianas mediante público concurso, como exige de manera taxativa el artículo 22.3 de la Ley al tratarse de un espectro limitado, y sometido a las bases reguladoras aprobadas por la Administración. En consecuencia, es claro que, al menos directamente, las limitaciones previstas en el artículo no son aplicables al supuesto de autos. Ello no quiere decir, no obstante, que la adjudicación de nuevas licencias de televisión no esté sometida a la necesidad de garantizar el pluralismo. Así, la Ley General de Comunicación Audiovisual, ley especial sobre la materia, reconoce con carácter general el derecho de todas las personas a recibir una comunicación audiovisual plural y a la diversidad cultural y lingüística (artículos 4 y 5). Y el artículo 45 recoge entre los fines del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales velar y garantizar la transparencia y el pluralismo en los medios de comunicación audiovisual.

Ahora bien, lo que sucede es que las medidas que el legislador ha plasmado para la consecución y garantía del pluralismo en el mercado audiovisual televisivo son precisamente las previstas en el artículo 36 y estas se circunscriben a poner límites a los procesos de concentración, estipulando limitaciones a la adquisición de nuevas participaciones sociales o derechos de voto por parte de los prestadores de servicios audiovisuales en otras plataformas televisivas.

Por otra parte, las bases de la convocatoria, aprobadas por acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 (BOE 18 de abril) especifican en su base octava el contenido de las ofertas a presentar por los concursantes, la cual contiene dos apartados que hacen referencia al pluralismo, el 1 y el 5. Ambos tienen el siguiente tenor:

"Apartado 1. Expresión libre y pluralista de ideas y corrientes de opinión.

Con el fin de valorar el cumplimiento de estos objetivos, el licitador proporcionará la información precisa para valorar en qué forma, si se le adjudicara la licencia, mejorarían los niveles de pluralismo en la televisión, garantizando una expresión libre y pluralista de ideas y de corrientes de opinión. A estos efectos, el licitador presentará de forma detallada aquellas medidas y compromisos firmes que tiene previsto poner en marcha, a fin de salvaguardar la pluralidad de ideas y corrientes de opinión dentro de su oferta televisiva, así como para diversificar los agentes informativos.

Se valorará especialmente la asunción por parte del licitador de compromisos concretos con la libertad de expresión y el respeto a la objetividad, veracidad e imparcialidad de la información así como la publicación de códigos deontológicos que garanticen el libre acceso de ideas y corrientes o la creación de comités que garanticen la independencia y la pluralidad de los profesionales."

"Apartado 5. Satisfacción de las diversas demandas e intereses plurales de los ciudadanos.

El licitador describirá la oferta resaltando en qué medida se contribuye a las diversas manifestaciones culturales y sociológicas del público en el mercado audiovisual español.

Al considerar la propuesta del licitador se tendrán en cuenta los siguientes subapartados:

i) Características de la oferta que se va a realizar, los tipos de contenidos y clases de servicios que se van a suministrar al público, de forma que los mismos proporcionen a los usuarios nuevas opciones de información, ocio y entretenimiento, de manera que respondan a sus personales y diversos gustos e intereses, y supongan una oferta diferenciada frente a otras opciones existentes en el mercado.

ii) La capacidad para satisfacer las diversas demandas y los plurales intereses del público que podrá ser demostrada de varias formas, como, por ejemplo, por los diferentes tipos de programas que vayan a ser emitidos, por las características y estilos de programación, de forma que vayan dirigidos a determinados segmentos de población, como por ejemplo la infancia o la juventud y la tercera edad.

El licitador podrá hacer referencia a estudios de mercados y análisis de audiencias que haya realizado y que fundamenten su propuesta en cuanto a que los contenidos y programas propuestos satisfarán las diversas demandas e intereses del público, a la vez que garantizarán una expresión libre y plural de ideas y de corrientes de opinión.

Se evaluarán especialmente los esfuerzos del licitador a la hora de presentar una propuesta que permita a los ciudadanos acceder a un mayor número de contenidos audiovisuales y a una oferta audiovisual diferenciada."

Como puede observarse, si bien el punto 1 comienza requiriendo a los solicitantes que manifiesten en qué medida mejoraría el pluralismo en la televisión en caso de que resultasen adjudicatarios, lo que podría entenderse en el sentido pretendido por la Asociación actora de que la adjudicación de licencias a las plataformas mayoritarias del mercado no podría ser beneficioso para el pluralismo, el desarrollo posterior de este apartado 1, al igual que el contenido del apartado 5, se orientan claramente a la garantía del pluralismo en el seno de la oferta televisiva de cada operador solicitante.

Así, en el apartado 1 se dice a continuación que a los efectos indicados (informar en qué medida la adjudicación al solicitante mejoraría los niveles de pluralismo) debe manifestar las medidas y compromisos para salvaguardar el pluralismo "dentro de su oferta televisiva", especificando en el párrafo segundo los compromisos que se valorarán de forma preferente. En cuanto al apartado 5, claramente se refiere a las características de la oferta del solicitante en desde la perspectiva de la satisfacción de la pluralidad de la demanda.

En definitiva, de todo lo anterior se deduce, en lo que importa para resolver el presente litigio, que la garantía del pluralismo en la actual normativa televisiva española tiene una doble manifestación, aunque de muy distinto rango normativo. Por un lado, en la propia Ley reguladora se fijan limitaciones a los procesos de concentración. Por otro lado, pero ya en la normativa de adjudicación -en concreto, como hemos visto, en las bases de la convocatoria del concurso-, se establecen exigencias destinadas a asegurar el respeto del pluralismo en la oferta televisiva de los propios operadores. Ello quiere decir que no es posible admitir el planteamiento de la entidad recurrente de aplicar las exigencias del artículo 36 de la Ley General de Comunicación Audiovisual a un supuesto de adjudicación de canales por dos razones: por un lado, porque el tenor literal del precepto se refiere tan solo a la vertiente de las medidas de garantía del pluralismo relativa al pluralismo entre operadores y afecta únicamente a los procesos de concentración (limitación de la adquisición de participaciones o derechos de voto por un operador); por otro lado, porque la otra vertiente de la garantía del pluralismo, referida al pluralismo en el seno de cada plataforma televisiva, ha sido adoptada por la Administración en las bases de la convocatoria, y se plasma únicamente en el necesario respeto de dicho valor dentro de la programación de cada operador.

Todo lo anterior no supone desconocer el alcance del pluralismo como valor constitucional y reconocido con carácter general en la propia Ley reguladora de la comunicación audiovisual, como ya se ha indicado, bajo su formulación como un derecho del público en el artículo 4. Pero no es posible aplicar analógicamente una concreta garantía del pluralismo, clara y expresamente formulada para un supuesto de concentración, a una adjudicación de licencias por concurso, tanto por la expresa literalidad del precepto en cuestión, como porque la normativa del concurso ha optado por una modalidad distinta para la garantía del pluralismo, como lo es asegurar que las ofertas de los concursantes ofrezcan medidas y compromisos de pluralidad en la programación.

Así las cosas, si la Asociación consideraba que la garantía del pluralismo exigía que el concurso estuviese sometido a otras garantías, aun no previstas expresamente por la Ley para tal supuesto, como las limitaciones sobre audiencia o sobre uso del espacio radioeléctrico por ondas hertzianas que el artículo 36 prevé para las adquisiciones de participaciones sociales o de derechos de voto en otras plataformas, tendría que haber impugnado las bases por

no haber incluido tales exigencias. Es decir, si para la asociación actora la garantía del pluralismo como valor superior del ordenamiento (artículo 1 de la Constitución) o bien el reconocimiento del pluralismo como derecho del público por el artículo 4 de la Ley General de Comunicación Audiovisual , exigían que las medidas previstas en el artículo 36 se aplicasen también a una adjudicación de licencias, debería haber impugnado las bases por no haberlo estipulado, lo que no hizo. Y si bien tal falta de actuación procesal no podía constituir un óbice para la admisión del recurso, si lo es para estimar una demanda que pretende aplicar unas exigencias que no están contempladas en la ley del concurso, que son las bases del mismo, las cuales han concebido la defensa del citado valor constitucional mediante otro tipo de exigencias.

Las consideraciones expuestas conducen a la desestimación de las dos alegaciones formuladas en los apartados 5º y 6º de la demanda. Por lo tanto, resulta ya innecesario estudiar la alegación del Abogado del Estado sobre el cómputo del espacio radioeléctrico asignado a Meidaset y Atresmedia formulada en rechazo de la supuesta infracción del apartado 5 del artículo 36 sobre el uso del espacio radioeléctrico en ondas hertzianas, sobre la que nada responde la recurrente en conclusiones. Digamos tan solo, sin embargo, que tiene razón el Abogado del Estado en que el espacio radioeléctrico al que tiene derecho cada operador ha de computarse según el contenido de las concretas licencias de que dispone el mismo.

Cuarto. Sobre las alegaciones relativas a la valoración de las ofertas.

La asociación recurrente dedica el apartado séptimo de su demanda a un extenso análisis de la valoración efectuada de las ofertas realizadas por el informe técnico. El análisis abunda en las críticas a la valoración de los distintos apartados de la Base 8, pero está por completo ayuno de juicios de legalidad, pues no se especifican las concretas infracciones en que habría incurrido dicha valoración y, como consecuencia de ello, el acuerdo impugnado. Lo dicho se evidencia en los párrafos finales del fundamento (así como en las conclusiones finales quinta a séptima), en los que se afirma que la mesa de evaluación habría incumplido su deber al haber aceptado las informaciones proporcionadas por los licitadores sin contrastarlas y haber efectuado una deficiente y errónea valoración, así como que la Administración habría hecho dejación de sus obligaciones al no haber considerado las consecuencias sobre la competencia del otorgamiento de sendas licencias a unos operadores que actualmente constituyen un duopolio. La manifestación de su disconformidad con la actuación de la mesa de evaluación no es suficiente, sin embargo, para acreditar infracciones de legalidad.

En cuanto al apartado octavo de la demanda, se limita a enumerar los procedimientos de infracción abiertos contra las operadoras Mediaset y Atresmedia, sin que de ello se extraigan conclusiones jurídicas, sino una admonición a la Administración por no tener en cuenta lo que a su juicio constituye un manifiesto desprecio por la legalidad de las citadas plataformas televisivas. Por lo demás el Abogado del Estado y las referidas codemandadas ponen de relieve que en el momento del concurso no había ninguna sanción que fuera firme.

Quinto. Conclusión y costas.

De acuerdo con las razones expresadas en los anteriores fundamentos de derecho hemos de desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Española de Anunciantes contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015, por el que se resuelve el concurso público para la adjudicación mediante régimen de concurrencia de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal.

En aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 y 3 de la Ley de la Jurisdicción , se imponen las costas causadas a la parte actora, hasta un máximo de 1.000 euros por todos los conceptos legales por cada parte que se ha opuesto al recurso, más el IVA que corresponda a la cantidad reclamada en cada caso.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido



1. Desestimar el recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por la Asociación Española de Anunciantes contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de octubre de 2015, por el que se resuelve el concurso público para la adjudicación mediante régimen de concurrencia de seis licencias para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas terrestres de cobertura estatal.

2. Imponer las costas del presente recurso a la parte demandante conforme a lo expresado en el fundamento de derecho quinto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Eduardo Calvo Rojas.-Maria Isabel Perello Domenech.-Jose Maria del Riego Valledor.-Angel Ramon Arozamena Laso.-Firmado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-Firmado.-

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.