

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065254

**TRIBUNAL SUPREMO***Sentencia 1789/2020, de 17 de diciembre de 2020**Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)**Rec. n.º 7934/2019***SUMARIO:****Telecomunicaciones. Convocatoria de concurso para otorgar licencias radiofónicas. Reserva de dominio público radioeléctrico. Solicitud de la convocatoria por los interesados. Cuestión de interés casacional.**

La **cuestión que presenta interés casacional** objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en interpretar el artículo 27.4 de la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual (LGCA), a fin de determinar si cabe exigir a la Administración la convocatoria de concursos para la adjudicación de licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrestre local, cuando la Administración no ha solicitado la afectación de reserva de dominio público radioeléctrico, ni se ha solicitado su convocatoria por algún interesado, dentro de los plazos establecidos.

Tras la aprobación de la LGCA **diversos Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado en sentidos opuestos** sobre la convocatoria de concursos para licencias de servicios de comunicación audiovisual. En esencia, la discrepancia de interpretación versa sobre si resultaba o no aplicable a los supuestos litigiosos el plazo de doce meses establecido en el segundo párrafo del artículo 27.4 LGCA para articular los concursos de las licencias vacantes según el Plan Técnico Nacional, lo cual da a este asunto un indubitado interés casacional.

La LGCA supone una importante **transformación del panorama audiovisual en un sentido liberalizador**, pasando de un sistema concesional a un sistema de libertad, sólo limitado por razones técnicas en el caso de la utilización del espectro radioeléctrico por ondas hertzianas. No convocar un concurso pese a tener licencias sin adjudicar con numerosas entidades interesadas solicitándolo, resulta contrario al nuevo régimen legal audiovisual, ahora bien, como es natural, este carácter reglado del deber de proveer las licencias sin adjudicar ha de entenderse sin perjuicio de las directas prescripciones del propio artículo 27 de la Ley, cuya regulación anterior es clara y taxativa y cuenta con una fundamentación razonable: si la reserva planificada para el servicio público de radio y televisión no se ha afectado o empleado en dicha actividad en los plazos antedichos, debe quedar libre para cualquier otra necesidad o dedicación del espacio radioeléctrico. Debe rechazarse que esta interpretación suponga dejar el ejercicio de una potestad estatal (la planificación del espacio radioeléctrico) al arbitrio de Comunidades Autónomas o particulares. El argumento es insostenible por cuanto es la propia Ley la que establece tales plazos para el aprovechamiento de la reserva prevista en la planificación. La planificación estatal pierde eficacia en la parte que examinamos por imperativo legal, no por la desidia o voluntad de las Administraciones Públicas o de los particulares. Y, en último término, el Estado siempre puede volver a reservar el espacio radioeléctrico para la misma actividad con una nueva planificación o una modificación de la existente. Ciertamente el decaimiento de la reserva se debe a una inactividad de la Administración (la falta de convocatoria) pero no exclusivamente, pues para que esta previsión se aplique se exige también que ningún interesado haya solicitado la convocatoria en el plazo fijado al efecto.

Lo anterior permite **responder a la cuestión de interés casacional** señalando que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.4 de la LGCA, por el transcurso de los plazos estipulados en dicho precepto tras la aprobación de un plan técnico nacional de un servicio de radio o televisión, sin que la Administración haya solicitado la afectación al servicio público de radio o televisión de que se trate de la reserva de dominio prevista en el citado plan o se haya convocado concurso para el otorgamiento de licencias, y sin que ningún interesado haya solicitado dicha convocatoria, la reserva de dominio decaerá y será excluida de la planificación. En consecuencia y dados tales presupuestos, la Administración no estaría ya obligada a la convocatoria de concurso a solicitud de cualquier interesado hasta que se efectúe una nueva reserva de dominio y se produzca la correspondiente afectación al servicio público de radio o televisión.

**PRECEPTOS:**

Constitución Española, arts. 1.1, 9.3 y 20.

Ley 7/2010 (General de la Comunicación Audiovisual), arts. 4, 22 y 27 y disps. trans. segunda y décima y final octava.

RD 1287/1999 (Plan Técnico Nacional de la Radiodifusión Sonora Digital Terrestre), arts. 1 y 3.3 y 5 y disp. adic. primera.

**PONENTE:**

*Don Diego Córdoba Castroverde.*

Magistrados:

Don EDUARDO ESPIN TEMPLADO  
Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT  
Don EDUARDO CALVO ROJAS  
Doña MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH  
Don JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR  
Don DIEGO CORDOBA CASTROVERDE  
Don FERNANDO ROMAN GARCIA

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.789/2020

Fecha de sentencia: 17/12/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7934/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: T.S.J.CANARIAS SALA CON/AD

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 7934/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1789/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat  
D. Eduardo Calvo Rojas  
D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech  
D. José María del Riego Valledor  
D. Diego Córdoba Castroverde  
D. Fernando Román García

En Madrid, a 17 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 7934/2019, interpuesto por el procurador de los tribunales don Joaquín Cañibano Martín actuando en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Culturales Radio Televisión Adventista España (FACRAE) contra la sentencia nº 277/2019 de 2 de septiembre (rec. 90/2018), dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la desestimación por silencio administrativo de su solicitud de convocatoria de concurso público para el otorgamiento del servicio de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrenal con cobertura local; recurso ampliado a la posterior resolución expresa dictada por la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios, de 10 de julio de 2018, que acuerda el archivo de la solicitud.

Ha sido parte recurrida, la Letrada de la Comunidad Autónoma de Canarias, en ejercicio de las facultades de representación y defensa de la Administración Autonómica.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Primero.**

El Procurador de los Tribunales don Joaquín Cañibano Martín actuando en nombre y representación de la Federación de Asociaciones Culturales Radio Televisión Adventista España (FACRAE) interpone recurso de casación contra la sentencia nº 277/2019 de 2 de septiembre (rec. 90/2018), dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la desestimación por silencio administrativo de su solicitud de convocatoria de concurso público para el otorgamiento del servicio de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrenal con cobertura local; recurso ampliado a la posterior resolución expresa dictada por la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios, de 10 de julio de 2018, que acuerda el archivo de la solicitud.

La Sala de instancia, con los mismos fundamentos que los razonados en sentencias previas, interpreta el artículo 27.4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) y la Orden de 15 de octubre de 2001 por la que se aprueba la planificación de bloques de frecuencias destinadas a la radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, correspondiente al Plan Técnico Nacional de la Radiodifusión Sonora Digital Terrenal.

Considera la Sala que el artículo 27.4 LGCA es claro, de forma que aquellas licencias que nunca han sido reservadas al servicio público, ni se ha convocado concurso, ni se ha solicitado su convocatoria por algún interesado, decaen en su reserva y se excluyen automáticamente de la planificación radioeléctrica. Pone de manifiesto que si bien existen otros Tribunales Superiores de Justicia que parten de una interpretación diferente (en sentencias a la que alude), ese no es el parecer de la Sala pues el precepto es claro y ha de interpretarse con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 3 del Código Civil (sentido propio de sus palabras, contexto, antecedentes históricos y legislativos y finalidad de la norma). Desde esa perspectiva en el momento de la solicitud presentada por la recurrente no existía licencia alguna vacante susceptible de convocatoria, pues se trata de un sistema reglado que obliga a realizar el concurso público de adjudicación de licencia siempre que haya vacantes y retira del dominio público radioeléctrico las reservas que la Administración competente no haya solicitado para su afección o ningún interesado solicitara su convocatoria en los plazos establecidos.

Concluye recordando la competencia de la Administración General del Estado, a quien corresponde la titularidad y administración del espectro radioeléctrico, excluyendo la incidencia de la Orden ETU/1033/2017 invocada por al recurrente pues dicha orden aprueba el cuadro nacional de atribución de frecuencias conforme a la reglamentación internacional y no implica la aprobación de un nuevo plan ni el inicio del cómputo del plazo fijado en el artículo 27.4 LGCA.

**Segundo.**

Mediante Auto de 10 de julio de 2020 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en interpretar el artículo 27.4 LGCA, en relación con el resto de preceptos denunciados como infringidos en el escrito de preparación, a fin de determinar si, con arreglo a tales normas, cabe exigir a la Administración la convocatoria de concursos para la adjudicación de licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrestre local, cuando la Administración no ha solicitado la afectación de reserva de dominio público radioeléctrico, ni se ha solicitado su convocatoria por algún interesado, dentro de los plazos establecidos por el citado artículo 27.4 LGCA.

**Tercero.**

La parte recurrente formalizó la interposición de su recurso de casación argumentando, en síntesis:

1º Infracción de los ap. 2, 4 y 5 del art. 27, y arts. 4 y 22 de la Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual.

Como antecedentes necesarios hace constar los siguientes:

a) El Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora Digital Terrenal fue aprobado por el Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio (BOE de 26/07/1999), y complementado por la Orden de 15 de octubre de 2001 (BOE de 6/11/2001).

b) El Plan Técnico Nacional se modificó mediante el Real Decreto 776/2006, de 23 de junio (BOE de 24 de junio de 2006), actualizándose con la segunda modificación a través del Real Decreto 802/2011, de 10 de junio, por el que se modifica el Plan técnico nacional de la radiodifusión sonora digital, aprobado por el Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio (BOE de 28/06/2011).

c) Mediante Resolución de 13/06/2011, de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, se publicó el Acuerdo de Consejo de Ministros de 10/06/2011 por el que se aprueba el plan de digitalización del servicio de radiodifusión sonora terrestre (BOE de 27/07/2011). Este acuerdo es consecuencia de la Disp. Transitoria 15ª LGCA que establecía que, en el plazo de 18 meses a contar desde su entrada en vigor, el Gobierno debía aprobar el plan técnico de digitalización integral de la radiodifusión sonora terrestre.

d) La Administración recurrida no convocó concurso público de licencias audiovisuales de radiodifusión sonora digital, en los bloques de frecuencias asignadas a Canarias por la Orden, de 15 de octubre de 2001.

e) Como consecuencia de la falta de convocatoria de concurso público, las licencias audiovisuales de radiodifusión digital susceptibles de ser explotadas por la iniciativa privada asignadas a Canarias se encuentran disponibles para ser objeto de otorgamiento. Ante esa situación, en 2018, la recurrente interesó la solicitud de convocatoria del concurso público correspondiente a las licencias audiovisuales de radiodifusión sonora digital terrenal vacantes.

f) Finalmente, la Administración recurrida desestimó la convocatoria de concurso de licencias de radiodifusión sonora digital, por entender que el art. 27.4 LGCA excluye del dominio público radioeléctrico las reservas cuando la Administración autonómica no haya solicitado su afectación o ningún interesado instara la convocatoria. Esta resolución ha sido recurrida en sede judicial, declarando la Sentencia impugnada la improcedencia de convocar las licencias audiovisuales por haberse excluido el dominio público radioeléctrico.

La parte recurrente considera que planificación actualmente existente viene dada por el RD 1287/1999, de 23 de julio, complementado por la Orden de 15 de octubre de 2001. Es decir, en ambos casos se trata de planes anteriores a la LGCA, que entró en vigor el 1 de mayo de 2010. Siendo la planificación anterior a su entrada en vigor, no pueden reputarse aplicables a la misma las previsiones del art. 27.4 de la LGCA. Aplicando el art. 27.4 de la LGCA a planificaciones anteriores, se menoscabaría esa capacidad de previsión, dando lugar a sucesivas modificaciones que no pudieron ser proyectadas por la Administración. Así lo ha señalado la sentencia del TSJ de La Rioja 208/2019, de 27 de junio, que se remite a la Sentencia anterior del mismo Tribunal, 280/2018, de 8 de octubre, argumentando que "En lo que respecta a la previsión contenida en el apartado 4 del artículo 27 de la LGCA, la Sala considera que el efecto del decaimiento de la reserva de dominio público radioeléctrico afectará a las planificaciones de reserva que se hayan efectuado a partir de la entrada en vigor de la LGCA, pero no a planificaciones anteriores [...]".

Es decir, el efecto del decaimiento de la reserva de dominio público radioeléctrico afectaría, en su caso, a las planificaciones de reserva efectuadas a partir de la entrada en vigor de la LGCA; pero no a planificaciones anteriores, como la que nos ocupa. Por ello, no puede reputarse decaída reserva alguna en nuestro caso.

La existencia y validez de la planificación vigente, sin necesidad de efectuar nueva reserva, se confirma también teniendo en cuenta que en base a la misma diferentes CCAA están convocando concursos para el otorgamiento de licencias del servicio de radiodifusión sonora digital de ámbito autonómico y local.

La interpretación del art. 27 de la LGCA realizada por la Sala no es compatible con la normativa europea, pues crea barreras de entrada en el mercado y la inutilización del espectro radioeléctrico.

Concretamente, la sentencia contradice la obligación de garantizar la libertad de suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas; la necesidad de asegurar que los usuarios del espectro obtengan todos los beneficios del mercado interior de la UE mediante una planificación estratégica, coordinada y armonizada y la exigencia de restar importancia a las fronteras nacionales para determinar la utilización óptima del espacio radioeléctrico y la obligación de tener en cuenta que la fragmentación indebida entre las políticas nacionales retrasa la innovación y hacer perder oportunidades de mercado a los usuarios del espectro. Y finalmente el deber de los Estados de hacer cumplir las condiciones asociadas, en concreto la cláusula "se usan o se pierden".

Las CCAA carecen de discrecionalidad en la convocatoria y otorgamiento de licencias audiovisuales. Existe un deber de articular la convocatoria de las licencias audiovisuales que hayan quedado vacantes, al vincular el art. 27.2 y 5 y la convocatoria de concurso a la disponibilidad de licencias. Y el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de noviembre de 2012 (rec. 442/2010) sostiene una libertad de utilización solo limitado por razones técnicas en el caso de la utilización del espectro por ondas hertzianas.

Por el contrario, la interpretación del art. 27.4 de la LGCA que realiza la sentencia de instancia supondría la planificación quedaría al arbitrio de que las CCAA e interesados no convocaran ni instaran la convocatoria de los concursos correspondientes. Entiende que ello supone someter el ejercicio de las competencias de convocatoria a la voluntad de las CCAA y de los interesados.

La finalidad del art. 27 de la LGCA no es otra que proveer todas las licencias sin adjudicar. Cualquier interpretación de los distintos supuestos regulados en el artículo 27 de la LGCA debe partir de esa consideración, la de cubrir las licencias sin adjudicar, teniendo en cuenta el interés especial que reviste para los derechos de libertad de información y comunicación y el pluralismo político de los medios.

El deber de convocatoria de licencias audiovisuales sin otorgar, del art. 27.2 y 5 de la LGCA, no se puede eclipsar por meros formalismos como es el transcurso de un plazo. La única responsable del transcurso del plazo es la propia Administración, que incumplió sistemáticamente el deber de convocatoria. No convocar un concurso pese a tener licencias sin adjudicar con numerosas entidades interesadas solicitando, no solo es contrario al régimen legal audiovisual sino que constituye una frente a la doctrina constitucional que sustenta el pluralismo de medios y las libertades de comunicación.

El legislador ha decidido que dichas habilitaciones sin otorgar deberán ser sacadas a concurso público, con independencia de las causas que han llevado a que las licencias se encuentren sin adjudicar. Y la jurisprudencia menor, en la mayoría de los asuntos que ha conocido sobre supuestos con identidad de razón, ha sentenciado que:

La planificación de la reserva de espectro para la radio digital no ha decaído por transcurso del plazo fijado en el art 27.4 LGCA.

Y que, de haber decaído, no puede suponer un impedimento al cumplimiento del deber de convocatoria de los arts. 27.2 y 5 LGCA.

Se atisba, a su juicio, una prevalencia interpretativa de los apartados 2 y 5 del art. 27 LGCA, frente al ap. 4 del mismo precepto.

Dicho deber de convocatoria ha sido corroborado por esta Sala 3ª del Tribunal Supremo, en las Sentencias 1/2020 y 10/2020, de 9 y 14 de enero, dictadas en los Recursos Nº 5255/2018 y 5256/2018, en relación con la compatibilidad entre las normas transitorias de la LGCA y dicha obligación de convocar concursos para las licencias audiovisuales.

Y así lo han mantenido otros Tribunales Superiores de Justicia como el de La Rioja que en sentencia nº 280/2018, de 8 de octubre, condena a la Administración a convocar el concurso de licencias audiovisuales vacante. También llegan a esa conclusión las Sentencias nº 107/2019, y 110/2019, de 30 de abril y 6 de mayo respectivamente del TSJ de Navarra.

El deber de convocatoria se impone a la Administración por que el art. 27.2 LGCA establece una obligación de convocar concursos de licencias vacantes (jamás han sido sacadas a concurso) que no puede quedar al arbitrio de la Administración. Las licencias audiovisuales que puedan ser utilizadas no deben quedar en suspenso o excluidas del mercado. No cumplir con el deber de convocar y adjudicar el concurso público quiebra el art. 4 LGCA impide a los habitantes de Canarias que el derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de una pluralidad de medios.

Diversas CCAA han convocado los concursos de licencias audiovisuales disponibles, incluyendo la radio digital.

2º Infracción de los arts. 5.2 y 6.1 del Real Decreto 123/2017.

Los CNAF son instrumentos de planificación del dominio radioeléctrico. La Sentencia de instancia al interpretar que la planificación de la reserva del espectro sólo se asocia a una única figura concreta, en un único momento temporal determinado (Orden de 15/10/2001), infringe el art. 5 del Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico (en adelante RD 123/2017), donde se señala que la utilización del dominio público radioeléctrico se efectuará de acuerdo con los planes de utilización que delimite, en su caso, las bandas y canales atribuidos a cada uno de los servicios.

De este modo, al determinar el art. 5.2 del RD 123/2017, que la utilización del dominio radioeléctrico se realiza por cualquiera de los tres tipos de planes recogidos, su reserva para los servicios de radiodifusión digital (al igual que la TDT o la radio FM) se realiza por cualquiera de las siguientes figuras, de forma alternativa:

El CNAF.

Los planes técnicos nacional.

Los planes aprobados por Órdenes Ministeriales.

A idéntica conclusión se llega a la vista del art. 5.1 del RD 123/2017 cuando dispone que la utilización del espectro radioeléctrico se efectuará (i) de acuerdo con una planificación previa -CNAF, planes técnicos y órdenes ministeriales-, (ii) delimitando, en su caso, las bandas y canales atribuidos a cada uno de los servicios.

No ofrece ninguna duda que el CNAF, según el art. 6.1 del RD 123/2017, delimita el uso del dominio radioeléctrico definiendo la atribución de bandas, subbandas, frecuencias, y canales, así como las demás características técnicas que pudieran ser necesarias.

Por tanto, la reserva del dominio radioeléctrico se realiza por cualquiera de los instrumentos de planificación de utilización del espectro, entre los que se encuentra el CNAF. Esto es, la reserva se satisface alternativamente con cualquier tipo de planificación de las recogidas en el art. 5.2 RD 123/2017, de modo que no es preciso acumular todas y cada una de ellas.

Además, la prueba de que el CNAF recoge una reserva de espectro radioeléctrico más relevante que el Plan Técnico Nacional, es que el art. 6.1 a) del RD 123/2017, atribuye al CNAF la función de reservar bandas de frecuencias a los servicios concretos.

De ahí que la planificación del espectro para la radio digital se encuentra en el CNAF de 2017, modificada en 2018, por lo que la petición se realizó antes del transcurso de 12 meses. Se constata que en la actualidad hay reserva del dominio público radioeléctrico tal y como se recoge en el CNAF aprobado por la Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre, (BOE de 27/10/2017) y actualizado por la Orden ETU/416/2018, de 20 de abril, (BOE de 26/04/2018).

Ello unido a las continuas actualizaciones del Plan Técnico Nacional de la Radio Digital, de 2006, 2011 y de 2019, acreditan la vigencia de la reserva de la planificación de espectro para la radiodifusión sonora digital a fecha de la presentación de la solicitud de convocatoria. Algo que la Sentencia recurrida no ha contemplado.

3º Infracción de los arts. 14, 20.1 a) y d), 23, 38 y 103.1 de la Constitución.

La falta de convocatoria sólo es reprochable a la administración demandada. El art. 103.1 de la CE, recoge el principio de eficacia administrativa y, en su virtud, el lapso del tiempo que ha estado la recurrida sin convocar el concurso no puede ser achacable a la recurrente, de ahí que no pueda correr en contra de los intereses de mi representada y sí de la Administración, que debería haber realizado la convocatoria.

Por otro lado, la Sentencia impugnada al justificar la denegación la convocatoria en base a la exclusión de planificación está permitiendo la indolencia o apatía de la Administración en el cumplimiento del art. 27 de la LGCA. Ello supone el TSJ está permitiendo que la Administración se aproveche de su propia pasividad para mantener las licencias sin convocar y adjudicar. De ahí que se infrinja los arts. 14, 20.1 a) y d), 23 y 38 CE, y el principio de eficacia administrativa recogido en el art. 103.1 de la CE.

#### **Cuarto.**

La letrada de la Comunidad Autónoma de Canarias se opone al recurso.

En primer lugar entiende que no existe infracción de los apartados 2, 4 Y 5 del art. 27 de la LGCA y arts. 4 y 22 del mismo texto legal.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA), en su artículo 22 establece que cuando los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos se presten mediante ondas hertzianas terrestres necesitarán licencia previa otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente. Por su parte, el Decreto 80/2010, de 8 de julio, sobre servicios de comunicación audiovisual, en su artículo 6 dispone que corresponde al órgano competente en materia de servicios de comunicación audiovisual acordar la convocatoria del concurso y al Gobierno de Canarias su resolución. Asimismo, su artículo 7, en su apartado tercero, establece un plazo de seis meses para resolver las solicitudes de interesados instando la convocatoria de concurso.

La citada Ley General de Comunicación Audiovisual en su artículo 27.4 LGCA preceptúa:

"Transcurridos como máximo seis meses desde que se haya planificado una reserva de dominio público radioeléctrico sin que la Administración competente haya solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión, o determinado su destinación al servicio de comunicación de interés general, cualquier interesado podrá proponer convocar el correspondiente concurso.

Transcurridos doce meses desde que se haya planificado una reserva de dominio público radioeléctrico sin que la Administración competente haya solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión, o convocado el correspondiente concurso, y sin que ningún interesado haya instado dicha convocatoria, dicha reserva decaerá y se excluirá automáticamente de la planificación radioeléctrica."

Lo que pretende la parte recurrente no es tanto compatibilizar la regulación contenida en los apartados citados del precepto, como obviar absolutamente la existencia del artículo 27.4 LGCA, que atenta contra sus intereses y que, es absolutamente claro en su tenor.

Como se ha defendido en la instancia la única planificación radioeléctrica existente, es la que se contiene en la Orden de 15 de octubre de 2001, que aprobó la planificación de bloques de frecuencias destinados a la radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, correspondiente al Plan Técnico Nacional de la Radiodifusión Sonora Digital Terrenal, y que asignó a la Comunidad Autónoma de Canarias dieciséis bloques de frecuencias.

Incluso si, como sostiene el recurrente en su primer motivo de casación, que habla de la aplicación retroactiva de la LGCA, no se tomara esa planificación como referencia por ser anterior a la entrada de esta Ley sino que se tomara como referencia la fecha de entrada en vigor de la Ley 7/2010 el plazo estaría igualmente cumplido con creces y las reservas decaídas.

Y es que el efecto del decaimiento de la reserva de dominio público radioeléctrico no dice el precepto discutido, ni ningún otro, que sólo afecte a las planificaciones realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la LGCA.

Las circunstancias en cada Comunidad Autónoma son diferentes, pero en la Comunidad Autónoma de Canarias ni la Administración Autonómica, ni ningún interesado solicitaron en el plazo previsto legalmente, a partir de la entrada en vigor de la LGCA, la afectación al servicio público, ni la convocatoria del concurso.

No resulta relevante que la Ley que establece estos plazos sea posterior a la planificación, porque incluso tomando como referencia para el inicio del cómputo la de la propia Ley General de Comunicación Audiovisual, estos plazos estarían vencidos y la reserva decaída.

Respecto a la modificación del Plan técnico nacional de la radiodifusión sonora digital terrestre se invoca en esta sede, por vez primera, el Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y se regulan determinados aspectos para la liberación del segundo dividendo digital, para más adelante concluir que en esta norma se ha efectuado una nueva planificación, en un intento de que dé cobertura a la solicitud de convocatoria del concurso presentada por la empresa, que es de fecha anterior (junio de 2018). Ahora bien, dicha norma, ni pertenece al debate por no haberse traído al mismo, ni efectúa planificación que sustituya a la que, insistimos, se contiene en la Orden de 2001 (como de alguna manera llega a reconocer la impugnante cuando indica esta regulación ratifica la anterior). El objeto de la citada Disposición Final Segunda del citado Real Decreto, es que las bandas de frecuencias 1452 a 1492 MHz queden eliminadas de la lista de las destinadas para el servicio de radiodifusión digital terrestre, según lo previsto por la Decisión de Ejecución (UE) 2018/661 de la Comisión de 26 de abril de 2018, pero sin que se modifique en absoluto lo previsto en 1999 para las bandas 195 a 223 MHz, ni se haga referencia alguna a los bloques de frecuencias planificados para las diferentes Comunidades Autónomas mediante la Orden de 15 de octubre de 2001.

El objeto del concurso cuya convocatoria es solicitada por el recurrente serían los 16 bloques de frecuencias destinados a la radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, asignados a la Comunidad Autónoma de Canarias, y cuya planificación se produjo mediante la ya mencionada Orden de 15 de octubre de 2001 por la que se aprueba la planificación de bloques de frecuencias destinados a la radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, correspondiente al Plan Técnico Nacional de la Radiodifusión Sonora Digital Terrenal. Es por tanto mediante esta planificación por la que se produjo la reserva de espectro para las licencias susceptibles de haber sido convocadas por la Comunidad Autónoma de Canarias.

La planificación de 2001 no se ve afectada por el contenido de la Disposición Final Segunda del Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la TDT, pues el mismo solo afecta al texto del Real Decreto 12871/1999, y en todo caso respecto al destino general de las bandas de frecuencias 195 a 223 MHz para el establecimiento de redes de frecuencia única de ámbito provincial, insular, nacional y autonómico, y no a la planificación de los 16 bloques de frecuencias concretos asignados en el ámbito canario en 2001.

Sobre la supuesta incompatibilidad de la interpretación del artículo 27 de la LGCA con las Directivas de la Unión, lo cierto es que la propia LGCA es fruto de la trasposición de directivas europeas, y ello incluye el contenido del artículo 27.4, cuya aplicación no supone la inutilización del espacio radioeléctrico, sino que únicamente pone en

relación, razonablemente, los plazos de planificación con los de convocatoria, por lo que una vez cumplidos se requiere una nueva planificación que es competencia de la Administración del Estado.

Sostiene el recurrente que el artículo 27.2 y.5 de la LGCA deben prevalecer sobre el 27.4 a la hora de convocar un concurso de licencias, pero no se trata de elegir si se aplica lo previsto por la Ley en un precepto u otro, ni de obviar la existencia de alguno de ellos, pues todos forman parte de la norma como un todo coherente, de modo que la convocatoria debe producirse cuando se den todas las condiciones legales para ello, sin que pueda esta Administración decidir no aplicar un precepto de la Ley, en este caso el 27.4 de la LGCA, como pretende el recurrente.

El legislador ha establecido que, si no se afectan o se instan por los interesados, decae la reserva. El dominio público radioeléctrico es limitado y que haya operado el efecto del art. 27.4 LGCA no sólo es imputable a la Administración autonómica sino también a los interesados que no lo solicitaron en tiempo legal; esto es, desde la entrada en vigor de la LGCA.

Rechaza la vulneración de los artículos 5.2 y 6.1 del Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico.

Las órdenes ETU citadas en la demanda - la Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre, (BOE de 27/10/2017) y la Orden ETU/416/2018, de 20 de abril, (BOE de 26/04/2018)- en nada afectan al plazo de 12 meses establecido en el art. 27.4 LGCA para la solicitud de afectación por parte de la Comunidad Autónoma de Canarias o de convocatoria de concurso por parte de los interesados, ya que dicho plazo se refiere a la planificación de la reserva de dominio público radioeléctrico, y, aunque las citadas Ordenes ETU refieren que la banda de frecuencias 195 a 223 MHz se utilizará exclusivamente por las entidades habilitadas para la prestación de servicios de radiodifusión sonora digital terrestre, no llevan a cabo planificación de la misma, ni atribuyen frecuencias de dicha banda para la radio digital de ámbito local en régimen de gestión indirecta en la Comunidad Autónoma, sino que atribuyen la planificación explícitamente al Plan Técnico Nacional ("de conformidad con el correspondiente Plan Técnico Nacional").

La planificación de los 16 bloques de frecuencias destinados a la radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, asignados a la Comunidad Autónoma de Canarias, no se ve afectada por las órdenes ETU, por lo que esta alegación en casación resulta del todo intrascendente, sin que se justifique en modo alguno de qué manera esta supuesta infracción que se alega, afecta al sentido del fallo de la Sentencia dictada por el TSJ.

Tampoco aprecia la lesión de los artículos 14, 20.1, a) 23, 38 y 103.1 de la Constitución. La Administración se encuentra sujeta al cumplimiento del principio de legalidad, dice el art. 103.1 CE que "actuará con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho", en este caso en concreto, al cumplimiento de lo previsto en el art. 27. 4 LGCA.

#### **Quinto.**

Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 15 de diciembre de 2020, fecha en que se deliberó por vía telemática, conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

La Federación de Asociaciones Culturales Radio Televisión Adventista España (FACRAE) interpone recurso de casación contra la sentencia nº 277/2019 de 2 de septiembre (rec. 90/2018), dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la desestimación por silencio administrativo de su solicitud de convocatoria de concurso público para el otorgamiento del servicio de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrenal con cobertura local; recurso ampliado a la posterior resolución expresa dictada por la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios, de 10 de julio de 2018, que acuerda el archivo de la solicitud.

#### **Segundo.**

La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en interpretar el artículo 27.2 y 4 LGCA de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, a fin de determinar si, con arreglo a tales normas, cabe exigir a la Administración la convocatoria de concursos para la adjudicación de licencias para la prestación del servicio audiovisual de radio local digital terrestre, cuando la Administración no haya solicitado la afectación de reserva de dominio público radioeléctrico ni se haya solicitado su convocatoria por algún interesado, dentro de los plazos establecidos por el citado artículo 27.4 LGCA.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse recientemente sobre esta materia en la STS nº 1593/2020, de 25 de noviembre (rec. nº 3922/2019), cuya fundamentación reiteramos en lo esencial en este recurso.

**Tercero. Sobre la existencia de dos criterios jurisdiccionales.**

Tras la aprobación de la Ley General de Comunicación Audiovisual 7/2010 diversos Tribunales Superiores de Justicia se han pronunciado en sentidos opuestos sobre la convocatoria de concursos para licencias de servicios de comunicación audiovisual. En esencia, la discrepancia de interpretación versa sobre si resultaba o no aplicable a los supuestos litigiosos el plazo de doce meses establecido en el segundo párrafo del artículo 27.4 LGCA para articular los concursos de las licencias vacantes según el Plan Técnico Nacional.

La existencia de criterios contradictorios entre los diferentes Tribunales Superiores da a este asunto y a los deliberados conjuntamente con él un indubitado interés casacional. Divergencia que se plasma entre los criterios sostenidos por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias y Canarias y los de la Rioja y Navarra y Madrid por otro. Los primeros han entendido que sí era aplicable el art. 27.4 de la LGCA y que el plazo había transcurrido sobradamente, por lo que convalida la negativa de la Administración a convocar el concurso que le solicitaba la sociedad recurrente. La Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, por el contrario, ha considerado que cabía aplicar dicho plazo a los planes técnicos aprobados con anterioridad a la Ley General de la Comunicación Audiovisual, pues ello sería una aplicación retroactiva de una disposición restrictiva contraria a derecho.

Por otra parte, la demanda cita nuestra sentencia de 27 de noviembre de 2012 (rec. 442/2010), en la que se examinaba un litigio sobre concesiones de televisión otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 7/2010. Al margen de la decisión sobre el concreto objeto litigioso, en aquella ocasión también se formularon determinadas consideraciones generales sobre la nueva Ley de las que se hace amplio uso en los litigios que ahora conocemos.

Conviene aclarar que lo resuelto en dicha sentencia no afecta a la presente controversia, pues el litigio se articulaba en relación con la atribución de licencias de televisión por medio de un procedimiento previsto por reglamentos anteriores a la Ley, lo que consideramos contrario a derecho por entender que la nueva Ley requería de manera ineludible la cobertura mediante concurso público también para las licencias vacantes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, como era el caso. Se trataba pues de un litigio de derecho transitorio. Pero es cierto también que se hacían otras consideraciones generales que son recogidas por las sentencias ahora en revisión casacional. Así, en aquella ocasión dijimos en relación con el sistema implantado por la Ley 7/2010:

"Pues bien, la Ley General de la Comunicación Audiovisual supone, como argumenta la actora, una importante transformación del panorama audiovisual en un sentido liberalizador, pasando de un sistema concesional a un sistema de libertad, sólo limitado por razones técnicas en el caso de la utilización del espectro radioeléctrico por ondas hertzianas. En los términos de la exposición de motivos: "El Título III parte del principio de libertad de empresa y establece el régimen jurídico básico para la prestación de un servicio de comunicación audiovisual, diferenciando aquéllos que sólo precisan de comunicación previa por estar su segmento liberalizado, de aquellos otros que por utilizar espacio radioeléctrico público a través de ondas hertzianas y tener capacidad limitada necesitan de licencia previa otorgada en concurso público Recurso contencioso-administrativo 2/442/2010 -19- celebrado en las condiciones que fija esta misma Ley."

En lo que ahora importa, la emisión de la televisión digital terrestre afecta precisamente al uso del espacio radioeléctrico mediante ondas hertzianas y, por tanto, el nuevo régimen supone que la emisión requiere la obtención de licencias previa mediante concurso. Lo cual implica la transformación de las antiguas concesiones en licencias a partir del reconocimiento de los derechos existentes a la entrada en vigor de la Ley (disposición transitoria segunda) y la necesidad de concurso para el otorgamiento de nuevas licencias ( artículo 22.3). Queda por dilucidar, y esa es precisamente la cuestión básica a resolver en el presente recurso, lo que ocurre con la expectativa de derechos derivada de las previsiones ya comentadas de los Reales Decretos 944/2005 y 365/2010 de asignación directa, sometida a ciertas condiciones, pero sin mediar un régimen de concurso público, a las antiguas sociedades concesionarias de una múltiple digital de televisión digital terrestre con capacidad para cuatro canales." (Fundamento jurídico quinto)

Seguidamente la sentencia de esta Sala pasa a considerar la cuestión debatida en aquel litigio, tal como se delimita en el último inciso de la cita. Quiere decirse con esto que de aquella sentencia y fuera de las citadas consideraciones genéricas no se deriva criterio alguno que pueda invocarse para la controversia que se suscita en los actuales conflictos. A diferencia de lo que entonces se debatía, la controversia presente se refiere a las circunstancias de aplicación y efectos de los plazos prevenidos en el artículo 27.4 de la Ley General de Comunicación Audiovisual puedan tener sobre los planes técnicos y sobre la cobertura de las licencias vacantes.

Tampoco resulta determinante para el presente asunto lo que dijimos en nuestra sentencia de 9 de enero de 2020 (RC 5255/2018). En ella no dimos lugar al recurso de casación formulado por la Comunidad de Madrid frente a una sentencia del TSJ de Madrid, estimando el recurso interpuesto por una Federación de Asociaciones

culturales, ordenaba a la citada Comunidad a convocar sendas licencias vacantes de televisión digital local. El litigio se refería a la televisión digital local, sometida a un plan técnico distinto al de la radiodifusión digital local en discusión en el presente procedimiento, en concreto al Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local aprobado por el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo. La disposición transitoria décima de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, dedicada a la "revisión de la planificación y de las concesiones para la gestión de las televisiones locales por ondas hertzianas", daba un plazo de dieciocho meses para que la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones procediera a la revisión del Plan Técnico Nacional de la Televisión Local (apartado 3, segundo párrafo) y prohibía que se convocase cualquier concurso de títulos habilitantes de televisión local hasta tanto no se procediera a dicha revisión (apartado 4). La controversia en aquella ocasión se centraba en la interpretación del alcance de la mencionada disposición transitoria décima LGCA para la posible convocatoria de licencias de televisión digital local, habida cuenta de que el citado plazo de dieciocho meses había sido superado ampliamente, que el artículo 27.2 LGCA contempla la cobertura de las licencias audiovisuales disponibles en cada momento y de que los Reales Decretos 805/2014, de 19 de septiembre y 319/2019, de 21 de junio, habían aprobado sucesivos Planes Técnicos Nacionales de la Televisión Digital Terrestre.

Pues bien, en la citada sentencia esta Sala de 9 de enero de 2020, aparte de recoger también las referencias hechas en la sentencia de 27 de noviembre de 2012 a la transformación liberalizadora que había supuesto la Ley General de Comunicación Audiovisual en cuanto a la provisión de las licencias audiovisuales, asumíamos lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia recurrida en cuanto a que la falta de revisión del Plan Técnico de Televisión Digital Terrestre Local, pese a lo dispuesto en la referida disposición transitoria décima de la LGCA -que, por lo demás y como hemos dicho, se refería a la televisión local por ondas hertzianas, - no podía "ser el fundamento para sustentar la pérdida del derecho de los interesados a obtener la estimación de la solicitud de convocatoria si se cumplen los requisitos fijados en la LGCA" (fundamento de derecho cuarto, apartado 4). Asimismo, se tenía en cuenta que el Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, y el Real Decreto 319/2019, de 21 de junio, habían aprobado sucesivos Planes Técnicos Nacionales de la Televisión Digital Terrestre. Así, decíamos:

" 5. El sistema reglado del deber de convocatoria de las licencias vacantes que fija el artículo 27.2 de la LGCA, impide que se dejen sin convocar, y en su caso otorgar, las licencias televisivas.

La finalidad del artículo 27 de la LGCA es proveer todas las licencias sin adjudicar, y para ello se articula un sistema reglado que obliga a la Administración a realizar el concurso público de adjudicación de las licencias sin otorgar, con independencia de cuál haya sido la causa que dio lugar a su vacancia.

La interpretación de los distintos supuestos regulados en el artículo 27 de la LGCA debe partir de esa consideración, la de cubrir las licencias sin adjudicar, teniendo en cuenta el interés especial que reviste para los derechos de libertad de información y comunicación ( artículos 20.1 a) y d) CE), el pluralismo político que permite los medios, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico ( artículo 1.1 CE) y los derechos a la comunicación audiovisual del artículo 4 de la LGCA, que también antes quedó transcrito y al que ahora nos remitimos

Así la ausencia de convocatoria impide que todas las personas puedan disfrutar del derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de una pluralidad de medios que reflejen el pluralismo ideológico, político, cultural y religioso de la sociedad.

No convocar un concurso pese a tener licencias sin adjudicar con numerosas entidades interesadas solicitándolo, resulta contrario al nuevo régimen legal audiovisual." (fundamento de derecho cuarto)."

Ahora bien, como es natural, este carácter reglado del deber de proveer las licencias sin adjudicar ha de entenderse sin perjuicio de las directas prescripciones del propio artículo 27 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, como las que se efectúan en el apartado 4 del precepto y a las que nos referimos en el siguiente fundamento de derecho de esta sentencia. Y la mención que se hace in fine del apartado 9 del citado fundamento cuarto de la sentencia de 9 de enero de 2020 a que "durante 2018 y 2019 varias CCAA han convocado los concursos públicos de TDTL, motivados por la existencia de licencias vacantes y la necesidad de cumplir el deber de convocatoria del artículo 27 de la LGCA" en nada prejuzga la conformidad o disconformidad a derecho de tales convocatorias en tanto no hubieren sido objeto de litigio. El objeto de la litis en aquél supuesto se resume en el apartado 10, último del referido fundamento cuarto de la sentencia de 9 de enero de 2020:

" 10. En conclusión, la DT10ª de la Ley 7/2010, de 30 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, en relación con el artículo 27 de la misma norma y con el artículo 7 del Real Decreto 805/2014, de 19 de septiembre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y de regulación de determinados aspectos para la liberalización del dividendo digital, no impiden que puedan convocarse nuevos concursos de adjudicación de licencias (vacantes, liberadas o desiertas) para la prestación del servicio audiovisual de televisión local digital terrestre."

En consecuencia, tampoco esta sentencia de 9 de enero de 2020 afecta a lo que ahora debemos resolver.

**Cuarto.** *Sobre las previsiones del artículo 27 de la LGCA respecto a las concesiones de licencias para los servicios audiovisuales.*

El artículo 27 de la LGCA tiene por objeto regular los concursos para la concesión de licencias para la prestación de servicios audiovisuales. Su tenor literal es el que sigue:

*"Artículo 27. Concursos para la concesión de licencias de prestación de servicios audiovisuales.*

1. Los concursos de otorgamiento de licencias para la prestación de servicios audiovisuales se regirán por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en lo no dispuesto por la presente Ley, así como, en sus respectivos ámbitos de competencias, por lo previsto en la legislación autonómica de desarrollo.

2. Todas las licencias disponibles de la misma naturaleza e idéntico ámbito de cobertura deberán ofrecerse de forma simultánea, y previa confirmación de existencia de espacio radioeléctrico suficiente. No obstante, en el marco de lo dispuesto, en su caso, por el Plan Técnico Nacional de oferta de licencias, a desarrollar reglamentariamente, cuando haya quedado liberada una única licencia, la Administración competente deberá proceder a convocar el concurso para su adjudicación en un plazo máximo de tres meses sin esperar a que queden liberados más títulos habilitantes.

3. En la convocatoria del concurso se especificarán para cada licencia las condiciones de prestación del servicio. El acto de otorgamiento de la licencia precisará con toda exactitud las condiciones que tienen el carácter de esenciales.

4. Transcurridos como máximo seis meses desde que se haya planificado una reserva de dominio público radioeléctrico sin que la Administración competente haya solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión, o determinado su destinación al servicio de comunicación de interés general, cualquier interesado podrá proponer convocar el correspondiente concurso.

Transcurridos doce meses desde que se haya planificado una reserva de dominio público radioeléctrico sin que la Administración competente haya solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión, o convocado el correspondiente concurso, y sin que ningún interesado haya instado dicha convocatoria, dicha reserva decaerá y se excluirá automáticamente de la planificación radioeléctrica.

5. El órgano competente deberá convocar, en un plazo máximo de tres meses después del vencimiento de la licencia, el correspondiente concurso para la adjudicación de las licencias de idéntica naturaleza que, en su caso, hayan quedado vacantes. Transcurrido dicho plazo, cualquier interesado estará legitimado para instar la convocatoria, que deberá producirse antes del plazo que establezca la normativa de aplicación desde la presentación de la solicitud."

Sin duda es cierto que las libertades constitucionales de expresión e información traen como consecuencia que, en principio, todo el espectro radioeléctrico libre debe estar disponible para su utilización tanto por las Administraciones Públicas como por ciudadanos y medios de comunicación que pretendan difundir las ideas e información que consideren oportunas, como se dijo en la sentencia de 9 de enero de 2020, en el texto que se ha reproducido en el fundamento anterior de esta sentencia. Pero como es natural y ha sido también declarado en jurisprudencia previa, dicha disponibilidad no es absoluta, sino que está condicionada a razones técnicas, compromisos internacionales y regulación nacional, entre la que destaca por su relevancia para el presente caso la planificación técnica del espacio radioeléctrico. En consecuencia, salvo que la regulación vigente pueda incurrir en inconstitucionalidad por su carácter injustificadamente restrictivo o arbitrario, hay que estar a lo establecido por ella.

Pues bien, lo anterior quiere decir que hay que estar a lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley General de Comunicación Audiovisual en cuanto al establecimiento de requisitos y plazos para la convocatoria de concursos de licencias audiovisuales que puedan estar vacantes. Y, como veremos seguidamente, nada hay en el precepto que pueda considerarse irrazonable o indebidamente restrictivo. Es una regulación que trata de que no quede congelada la planificación del espacio radioeléctrico, de tal forma que, una vez aprobada una planificación, el no aprovechamiento de espacios reservados al dominio público radioeléctrico para servicios de radiodifusión hace decaer dicha reserva, tal como se prevé en el apartado 4 del artículo 27 de la Ley.

Así, en la perspectiva en que nos encontramos, el artículo 27 establece las siguientes previsiones:

- convocatoria conjunta de todas las licencias disponibles de igual naturaleza y cobertura territorial, salvo que solo quede liberada una sólo que deberá ofrecerse en un plazo de tres meses (apartado 2);
- establecimiento de un doble plazo para el aprovechamiento de una reserva de dominio público radioeléctrico (efectuado por el correspondiente plan técnico nacional) para el servicio público de radio y televisión (apartado 4);
- plazo de seis meses tras la aprobación de la planificación en la que se prevé dicha reserva para que la administración competente solicite su afectación efectiva al servicio público de radio y televisión (o determine su dedicación al servicio de comunicación de interés general);
- plazo de doce meses -desde la aprobación de la referida planificación estatal- para que, si la Administración competente no hubiere solicitado la afectación al servicio público de radiotelevisión o convocado el correspondiente concurso, cualquier interesado inste dicha convocatoria.

De no haberse producido ninguna de las anteriores circunstancias (que la Administración competente solicite la afectación de la reserva al servicio público de radiotelevisión, determine su dedicación al servicio de comunicación de interés general o convoque concursos, ni ningún interesado hubiese instado tal convocatoria) la reserva decae y se excluye automáticamente de la planificación radioeléctrica efectuada por el Estado.

La regulación anterior es clara y taxativa y cuenta con una fundamentación razonable: si la reserva planificada para el servicio público de radio y televisión no se ha afectado o empleado en dicha actividad en los plazos antedichos, debe quedar libre para cualquier otra necesidad o dedicación del espacio radioeléctrico. Debe rechazarse ya en este punto la afirmación de la recurrente que la interpretación del artículo 27 LGCA en los términos vistos supondría dejar el ejercicio de una potestad estatal (la planificación del espacio radioeléctrico) al arbitrio de Comunidades Autónomas o particulares. En efecto, el argumento es insostenible por cuanto es la propia Ley la que establece tales plazos para el aprovechamiento de la reserva prevista en la planificación. La planificación estatal pierde eficacia en la parte que examinamos por imperativo legal, no por la desidia o voluntad de las Administraciones Públicas o de los particulares. Y, en último término, el Estado siempre puede volver a reservar el espacio radioeléctrico para la misma actividad con una nueva planificación o una modificación de la existente.

Tampoco se comparte la afirmación de que la aplicación de la previsión del art. 27.4 la LGCA dejaría en manos de la Administración la convocatoria de los concursos para adjudicar las licencias. Ciertamente el decaimiento de la reserva se debe a una inactividad de la Administración (la falta de convocatoria) pero no exclusivamente a ella, pues para que esta previsión se aplique se exige también que ningún interesado haya solicitado la convocatoria en el plazo fijado al efecto.

#### **Quinto. Sobre la aplicación retroactiva de la Ley General de Comunicación Audiovisual.**

Los Tribunales Superiores de Justicia partidarios de la existencia de una obligación de convocar argumentan que la aplicación del apartado 4 del artículo 27 de la LGCA implicaría una aplicación retroactiva de esta ley, en la medida en que se proyecta sobre una planificación técnica aprobada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

Este argumento no puede prosperar por una doble razón: Por un lado, porque no puede hablarse de que la aplicación de la LGCA suponga la afección de derechos adquiridos o situaciones consolidadas. Por otro, porque tras la entrada en vigor de la Ley han transcurrido sobradamente los plazos estipulados en el artículo 27.4 de la misma.

Los datos a tener en cuenta en este caso, a los efectos de apreciar si nos encontramos ante una aplicación del artículo 27.4, párrafo 2º, de la LGCA sobre derechos o situaciones anteriores a su entrada en vigor, resumidamente expuestos, son los siguientes:

i) El Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, aprobó el Plan técnico nacional de la radiodifusión sonora digital terrestre (terrenal en la redacción original). Su artículo 3, apartado 3, dispuso que, con el objetivo de satisfacer las necesidades de coberturas de ámbito local presentadas por las Comunidades Autónomas, se determinarán por Orden del Ministerio de Fomento los bloques de frecuencias destinados a esta modalidad de cobertura, de acuerdo con el procedimiento establecido por la disposición adicional primera, apartado 6º, del mismo Real Decreto.

ii) Por Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 15 de octubre de 2001 se aprobó la planificación de bloques de frecuencias destinados a la radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, correspondiente al citado Plan Técnico Nacional de la Radiodifusión Sonora Digital Terrenal.

iii) Desde la Orden de 15 de octubre de 2001 la Administración competente no convocó concurso para la adjudicación de las correspondientes licencias, ni tampoco ningún interesado solicitó dicha convocatoria hasta el junio de 2018, fecha en la que la entidad "Soninorte Producciones SL" interesó de la Comunidad Autónoma de la Rioja la convocatoria de concurso público para el otorgamiento de las licencias de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital disponibles en su territorio.

iv) La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual determinó en su disposición final octava que su entrada en vigor se produciría en el plazo de un mes desde su publicación en el BOE, por lo que entró en vigor el 1 de mayo de 2010, por tanto, casi ocho años antes de que la empresa recurrente instase la convocatoria de concurso público para el otorgamiento de las referidas licencias en la fecha indicada.

De acuerdo con una consolidada jurisprudencia constitucional la prohibición de la retroactividad in peius de las leyes, que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, se circunscribe a las leyes sancionadoras y las restrictivas de derechos individuales, así como, en lo que ahora importa, a la posible afección a situaciones anteriores agotadas o consolidadas. Supuesto éste último que no debe confundirse con los de retroactividad impropia, excluidos del artículo 9.3 CE, en los que los efectos de la norma alcanzan a situaciones no concluidas. Fuera de dichos ámbitos nada impide al legislador dotar a la ley de efectos retroactivos, pues lo contrario podría conducir a situaciones de petrificación del ordenamiento jurídico.

Entre otras muchas, en su sentencia 270/2015 (f.d. 7), el Tribunal Constitucional reitera su doctrina en relación con la retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE, que se limita a los casos en los que los efectos de una norma afectan a situaciones anteriores agotadas o consolidadas:

"Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos ( SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3, y 65/1987, de 21 de mayo, FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), y 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [ STC 99/1987, FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

En suma, conforme a la doctrina de este Tribunal, el art. 9.3 CE no contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.3 CE ( STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad proscrita cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar ex nunc el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución ( STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 9)."

De acuerdo con lo anterior, para resolver si una norma incurre en retroactividad y sus consecuencias, debemos examinar el alcance de los efectos de la norma en cuestión respecto de los derechos y situaciones sobre los que se proyecta, a fin de discernir si estamos ante un caso de retroactividad propia o auténtica, prohibida por el precepto constitucional, en el que los efectos de la nueva norma inciden sobre derechos patrimonializados o situaciones jurídicas ya agotadas en sus efectos o, por el contrario, nos encontramos ante un caso de retroactividad impropia, que entra dentro del marco de libertad del legislador, en el que los efectos de la norma alcanzan a situaciones jurídicas que todavía no han agotado sus efectos, aunque se hubiesen iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma.

La aplicación en el caso de autos del párrafo 2 del artículo 27.4 de la LGCA dista mucho de constituir un supuesto de retroactividad auténtica prohibida por el artículo 9.3 CE, porque los efectos que establece de exclusión de determinadas reservas de la planificación radioeléctrica no operan sobre un derecho consolidado e integrado en el patrimonio de un sujeto o sobre situaciones agotadas, pues como se ha visto, en la fecha de la entrada en vigor del citado texto legal no se había convocado ningún concurso para la adjudicación de las licencias, ni tampoco ningún interesado había solicitado la convocatoria del concurso.

No existían, por tanto, en la fecha de la entrada en vigor de la LGCA, no ya derechos de cualquier clase consolidados o patrimonializados o situaciones agotadas, que quedarían a salvo por la prohibición de la aplicación retroactiva, sino que ni siquiera podría hablarse de relaciones jurídicas no concluidas, ni de simples expectativas de derechos en el resultado de un concurso, que ni la Administración había convocado ni había solicitado ningún interesado.

Por otra parte, en el momento de solicitud de convocatoria de concursos por parte de la mercantil recurrente, habían transcurrido ya los plazos previstos en el artículo 27.4 LGCA con posterioridad a su entrada en vigor, como ha quedado expuesto. La disposición de la LGCA sobre exclusión automática de reservas de la planificación radioeléctrica, entró en vigor como el resto del articulado de la LGCA en mayo de 2010, y desde su entrada en vigor

transcurrió sobradamente el plazo de doce meses previsto en la norma sin que se convocase ningún concurso para la adjudicación de las reservas, y sin que ningún interesado hubiera instado la convocatoria del concurso, por lo que los efectos de la norma se proyectaron por completo sobre situaciones posteriores a su entrada en vigor.

Así pues, la inaplicación de las previsiones del artículo 27.4, párrafo segundo, de la LGCA a situaciones posteriores a su entrada en vigor, conduciría a una petrificación o congelación de las frecuencias de la planificación de la Orden de 15 de octubre de 2001, sin haber llegado a adjudicarse, que es precisamente la situación que pretendía evitar el precepto legal, como resulta de los antecedentes de la tramitación del proyecto legislativo. En efecto, el grupo parlamentario que propuso la adición del actual párrafo segundo del citado artículo 27.4 LGCA indicó que tenía por justificación: "No petrificar la planificación de los usos del espectro radioeléctrico ni permitir un bloqueo de las frecuencias planificadas" (BOCG, Congreso de los Diputados, IX Legislatura, serie A, número 45-6, de 17 de diciembre de 2009, enmienda 342, página 133).

Por todo lo que se acaba de exponer la Sala no considera que en el presente caso la resolución administrativa impugnada en la instancia y la sentencia recurrida hayan incurrido en una aplicación retroactiva de la LGCA, prohibida por el artículo 9.3 CE.

#### **Sexto.** *Sobre la renovación de la planificación de reservas de dominio público radioeléctrico.*

También se ha argumentado que si se entendiera que la reserva decae y es excluida de la planificación ex artículo 74 LGCA, habría que entender que se había producido una suerte de renovación de la planificación que habría hecho correr de nuevo los plazos previstos en el artículo 27.4 de la Ley y, en consecuencia, la solicitud de convocatoria de concursos de licencia se habría presentado en los que marca el citado precepto de la LGCA.

En ningún caso puede entenderse que normas de desarrollo o modificaciones parciales equivalgan a la aprobación de un nuevo Plan Técnico Nacional, al que se refiere el artículo 27 de la LGCA, que emplea precisamente dicha denominación en su apartado 2. En el caso presente se trata del Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora Digital Terrestre aprobado, como ya se ha indicado, por el Real Decreto 1287/1999, de 21 de junio. Pues bien, para que volvieran a correr los plazos establecidos por el citado precepto de la LGCA sería preciso la aprobación de un nuevo Plan o bien una previsión expresa en tal sentido en una norma de igual rango (un Real Decreto), pues lo contrario sería admitir una situación de inseguridad jurídica para todos los afectados o interesados, ya que no habría certeza alguna sobre si la modificación del plan supone o no la reapertura de tales plazos.

Téngase en cuenta que con posterioridad a la aprobación del Real Decreto 1287/1999 y la Orden de 15 de octubre de 2001, ya se habían producido otras dos modificaciones del Plan Técnico Nacional de 1999, en concreto por el Real Decreto 776/2006, de 23 de junio y por el Real Decreto 802/2011, de 10 de junio. Por consiguiente y a reserva de una determinación expresa por norma de rango suficiente (un real decreto al menos) de que los plazos legales determinados por el artículo 27.4 de la LGCA se computan desde una fecha posterior a la de entrada en vigor del Plan Técnico Nacional correspondiente, dichos plazos habrán de computarse desde dicha fecha hasta la aprobación de un nuevo Plan.

Por lo demás, digamos a mayor abundamiento que razones temporales hacen ya inviable la alegación referida al Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, que ha modificado recientemente el RD 1287/1999, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora Digital Terrestre. En efecto, el Real Decreto 391/2019 aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital, ajeno por tanto al que ahora se discute de la radiodifusión digital, pero su disposición final segunda modifica el artículo 1 del Real Decreto 1287/1999, que establece las bandas de frecuencias destinadas a la explotación del servicio de radiodifusión sonora digital, así como el anexo IV que especifica los límites espectrales de cada bloque de frecuencia. Se ha sostenido que con dicha modificación se ha producido una nueva planificación y ratificada a su vez la contenida en la Orden de 2001, en la medida en que ésta no se ha modificado por el propio Real Decreto 391/2019. Sin embargo, la solicitud que da origen al litigio al ser desestimada por silencio administrativo es de fecha anterior al Real Decreto 391/2019, de 21 de junio. En consecuencia, la Administración no puede tener en cuenta el contenido de dicha norma, por lo que la desestimación presunta que se combate no pudo contravenir la norma que se aduce.

No sucede lo mismo con la alegación del Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, de fecha anterior a la solicitud de la recurrente de la que trae causa el litigio y que aprueba el Reglamento sobre el uso del espacio radioeléctrico. Efectivamente, su artículo 5 establece en apartado 1 que la utilización del dominio público radioeléctrico se efectuará de acuerdo con una planificación previa, delimitando en su caso las bandas y frecuencias atribuidas a cada uno de los servicios; y en el apartado 2 se determina que son planes de utilización del dominio público radioeléctrico el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias (CNAF), los planes técnicos nacionales de radiodifusión sonora y de televisión cuya aprobación corresponde al Gobierno y los aprobados por otras normas de rango mínimo de orden ministerial. En consecuencia, se argumenta que la aprobación del CNAF por la Orden ETU/1033/2017, de 25 de octubre (actualizado por la Orden ETU/416/2018) es un punto a partir del cual habría de computarse el plazo de 12 meses previsto en el artículo 27.4 LGCA. Al margen de lo que se ha dicho antes en términos generales sobre la vigencia de un Plan, tampoco podemos aceptar esta argumentación. Lo que está en discusión es la convocatoria de concursos de licencias, que es a lo que se refiere el controvertido artículo 27 LGCA

y el mismo se remite expresamente en su apartado 2 a lo dispuesto en el Plan Técnico Nacional de Atribución de licencias y por tal solo se puede entender el plan técnico nacional de cada tipo de servicio audiovisual. A ello no obsta que existan diversos tipos de planificación necesarios para coordinar la complejidad del uso del espacio radioeléctrico o las posibles modificaciones de bandas de frecuencias, lo que supondría someter el cómputo de los plazos legales previstos en el artículo 27 LGCA a una indeterminación inasumible desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Si la Administración entiende necesario volver a efectuar una reserva de dominio para un determinado uso del espacio radioeléctrico habrá de hacerlo el Estado en uso de sus competencias de conformidad con lo que prevé el citado precepto legal mediante un nuevo plan técnico nacional del servicio audiovisual de que se trate o mediante una reforma del mismo que renueve expresamente dicha reserva a los efectos de los plazos previstos en el artículo 27 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

Por todas las razones anteriores no es posible entender que los Reales Decretos 123/2017 o el 391/2019 hayan implicado la reapertura de los plazos establecidos en el artículo 27.4 LGCA.

**Séptimo.** *Sobre la cuestión de interés casacional.*

El examen del litigio y de las normas aplicables permite responder a la cuestión de interés casacional en el sentido que se desprende de lo dicho en los fundamentos de derecho sexto y séptimo. Así, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.4 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, el transcurso de los plazos estipulados en dicho precepto tras la aprobación de un plan técnico nacional de un servicio de radio o televisión, sin que la Administración haya solicitado la afectación al servicio público de radio o televisión de que se trate de la reserva de dominio prevista en el citado plan o se haya convocado concurso para el otorgamiento de licencias, y sin que ningún interesado haya solicitado dicha convocatoria, la reserva de dominio decaerá y será excluida de la planificación. En consecuencia y dados tales presupuestos, la Administración no estaría ya obligada a la convocatoria de concurso a solicitud de cualquier interesado hasta que se efectúe una nueva reserva de dominio y se produzca la correspondiente afectación al servicio público de radio o televisión.

**Octavo.** *Costas.*

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación sin que se aprecien temeridad o mala fe que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 93.4 de la LJ.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico séptimo.

1º Desestimar el recurso interpuesto por el representante legal de la Federación de Asociaciones Culturales Radio Televisión Adventista España (FACRAE) contra la sentencia nº 277/2019 de 2 de septiembre (rec. 90/2018), dictada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife.

2º No hacer expresa condena a las costas causadas en casación.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espín Templado D. José M. Bandrés Sánchez Cruzat  
D. Eduardo Calvo Rojas D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech  
D. José María del Riego Valledor D. Diego Córdoba Castroverde  
D. Fernando Román García

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Diego Córdoba Castroverde, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico. Doy Fe.

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.