

## Suplemento

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**5902** *Pleno. Sentencia 73/2014, de 8 de mayo de 2014. Cuestión de inconstitucionalidad 2155-2004. Planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con diversos preceptos de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de telecomunicaciones por cable. Comunicaciones por cable y libertades de expresión e información: constitucionalidad de los preceptos legales relativos al servicio público de las comunicaciones por cable y su gestión mediante concesión (STC 127/1994). Voto particular.*

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel, Presidente; doña Adela Asúa Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan José González Rivas, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Enrique López López y don Ricardo Enríquez Sancho, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2155-2004 planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación a los artículos 1.1 y concordantes y 6.1 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, por posible vulneración del artículo 20.1 a) y d) CE. Han comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal. Ha actuado como Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

#### I. Antecedentes

1. El día 4 de abril de 2004 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito procedente de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al que se acompañaba, junto con el testimonio del recurso de casación núm. 8/2918/98, el Auto de 10 de marzo de 2004 por el que se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 1 y concordantes y del artículo 6.1 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable, por posible vulneración del artículo 20.1. a) y d) CE.

2. Los antecedentes del planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad son, en síntesis, los siguientes:

a) En su día, la Sociedad Mercantil Procono, S.L., interpuso recurso contencioso-administrativo contra las Órdenes de 28 de febrero y de 8 de abril de 1997 del Ministerio de Fomento por las que, respectivamente, se aprobaba el pliego de condiciones técnicas y se convocaba concurso público para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable en la demarcación territorial de Sevilla. La mercantil recurrente entendía que determinados aspectos del pliego de condiciones resultaban contrarios a diversos preceptos constitucionales, siendo igualmente inconstitucional el artículo 6.1 de la Ley 42/1995.

b) Por Sentencia de 3 de febrero de 1998, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se desestima el recurso apelando, en primer lugar, a una consolidada doctrina constitucional según la cual la televisión puede configurarse como un servicio público cualquiera que fuera la técnica empleada y el alcance de la emisión (SSTC 31/1994, 98/1994, 240/1994, 281/1994 y 307/1994, así como la STC 47/1996) y que lo único que no puede hacer el legislador es deferir *sine die* la regulación que permita la gestión indirecta del servicio público, en especial el de la televisión local por cable pues ello impediría el ejercicio de derechos fundamentales. Entiende la Audiencia que la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, viene a dar cumplimiento a la exigencia de promulgar dicha regulación, al declarar que la televisión local por cable es un servicio público de titularidad estatal conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y a la doctrina constitucional; cuestión que no se vería sustancialmente modificada por la aprobación posterior de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones. Concluye la Audiencia Nacional, en relación ya al concreto concurso convocado, que la remisión a la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación a las exigencias de capacidad para presentar ofertas que contiene la base núm. 5 del pliego se acomoda plenamente a Derecho y se cohonesta con el artículo 6 de la Ley 42/1995 en que se determinan los requisitos para la concesión del servicio público.

c) Contra dicha Sentencia la mercantil recurrente promovió recurso de casación ante el Tribunal Supremo articulándolo en dos motivos: nulidad del concurso por vulneración de los artículos 9.2 y 3, 20, 38 y 53.1 CE y nulidad del artículo 6 de la Ley 42/1995 por infringir los mencionados preceptos.

d) Mediante providencia de 3 de octubre de 2003, complementada por una segunda de 21 de noviembre (en la que se concretan los preceptos que se consideran pueden infringir el art. 20 CE subsanando así el defecto en que incurría la primera), la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo consultó a las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35.2 LOTIC, sobre la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad acerca del mantenimiento de la caracterización de la televisión por cable como servicio público –que se derivaría del art. 1.1 y concordantes de la Ley 42/1995–, así como respecto del artículo 6.1 de la misma Ley en la medida en que prevé una única concesión en cada demarcación territorial para la prestación del servicio, al margen del título habilitante concedido *ex lege* a Telefónica de España, S.A., por la disposición adicional segunda de la Ley.

e) La parte actora manifestó su conformidad respecto del planteamiento de la cuestión en los dos aspectos mencionados poniendo de relieve, respecto de la caracterización de la televisión por cable como servicio público, que los únicos motivos que permiten la restricción de la creación de medios de comunicación, según el Tribunal Constitucional, son motivos puramente tecnológicos que no concurren en el caso de la televisión local por cable. Añade que, a partir de la STC 47/1994 y posteriores, el Tribunal Constitucional da un giro en su jurisprudencia y pasa a considerar el derecho a la creación de televisiones privadas, no como una decisión política, sino como una exigencia jurídico constitucional derivada directamente del artículo 20 CE. La regulación impugnada restringe indebidamente el contenido esencial del derecho fundamental en contra de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE al implicar el completo sacrificio de dicho derecho. Todo ello, subraya la mercantil recurrente, se hace más evidente a la vista de la evolución tecnológica y del proceso de liberalización de las telecomunicaciones.

El Abogado del Estado manifiesta, por el contrario, que el sistema de regulación de las telecomunicaciones por cable –como servicio público de propiedad estatal o servicio privado liberalizado y sometido a licencia– no forma parte del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 20 CE y, por tanto, no se ven afectados ni la libertad de expresión ni el pluralismo informativo. La concesión de una única demarcación territorial afectaría, no al derecho invocado, sino al ámbito del derecho de la libre competencia.

El Ministerio Fiscal, por su parte, recuerda que el Tribunal Constitucional admitió que la calificación de la televisión como servicio público es constitucionalmente legítima (STC 206/1990), sin distinción del medio técnico que utilice y de los contenidos que transmite (STC 31/1994). En cualquier caso, a su entender, las dudas sobre dicha calificación se refieren al precepto 1.1 de la Ley, ya que respecto del artículo 6.1 de la Ley 42/1995, el derecho afectado no es el de la libertad de expresión sino el instrumental para el ejercicio de aquél consistente en la creación de medios para expresarse o informar y, respecto de esos derechos instrumentales, el legislador tiene una muy amplia capacidad de configuración, debiendo contemplar otros derechos y valores concurrentes.

f) Por Auto de 10 de marzo de 2004, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo acordó:

«Plantear al Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad sobre los siguientes artículos de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones por Cable:

- El artículo 1.1 y concordantes, en cuanto que de ellos se deriva la calificación como servicio público de la televisión local por cable.
- El artículo 6.1, en cuanto que limita a una el número de concesiones a otorgar en cada demarcación territorial, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley.»

3. En el Auto de 4 de marzo de 2004, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo señala, en primer lugar, que desde la STC 12/1982 ha recaído una amplia jurisprudencia constitucional en relación con la creación de medios de comunicación y su consideración jurídica, jurisprudencia de la que tanto la Sala de instancia, como el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado deducen «la inequívoca constitucionalidad de la calificación como servicio público de la televisión local por cable». Entiende, sin embargo, la Sala que de dicha jurisprudencia no se deriva necesariamente tal conclusión; antes al contrario podía colegirse de la misma la eventual contradicción de la calificación como servicio público de la televisión local por cable con determinados preceptos constitucionales. Y argumenta su posición de la forma en que, a continuación, se resume.

Recuerda, en primer lugar, que la STC 12/1982 dejó sentado que el derecho a expresar y difundir ideas y pensamiento comprende también «el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible»; derecho que ha de considerarse instrumental al primero y sometido a ciertas limitaciones, sobre todo cuando los medios de comunicación creados emplean recursos escasos. De ahí se extraía la eventual calificación como servicio público de cualquier actividad que emplease bienes escasos y la posible existencia de obligaciones derivadas de Derecho internacional en relación con algunos medios, por ejemplo, los que suponen el uso del espacio radioeléctrico. Subraya la Sala que lo más relevante de esta doctrina es la consideración de que «es la concurrencia de diversas circunstancias (la escasez del medio empleado, la existencia de compromisos internacionales cuyo incumplimiento debía garantizar el Estado)» las que «justificaban la hipotética declaración de titularidad pública de determinados medios y su gestión por medio de sistemas concesionales, con las limitaciones que ello suponía».

A su vez, reconoce la Sala, de esa jurisprudencia se desprende que «el reconocimiento de la televisión privada era una opción del legislador que no derivaba directamente de la propia Constitución», pero que, en caso de regularse, ha de garantizar el pluralismo. No obstante, sigue argumentando la Sala, a partir de la STC 31/1994 el Tribunal Constitucional deja claro que no existe una plena disponibilidad del legislador para reconocer o no la creación de medios de comunicación «en la medida en que los medios de comunicación son instrumento de ejercicio de las libertades de expresión e información». Así, el legislador si bien no está directamente obligado por la Constitución a reconocer una determinada configuración de un medio de comunicación, no puede omitir su regulación e impedir así el ejercicio de las libertades del artículo 20 CE.

Ciertamente, señala la Sala, en la STC 31/1994, el Tribunal Constitucional se refirió directamente a la conceptualización de la televisión por cable como servicio público esencial de titularidad estatal, en el sentido de que dicha calificación «aunque no sea una afirmación necesaria en nuestro ordenamiento jurídico-político se encuentra dentro de los poderes del legislador» sin que resulte contraria al artículo 20.1 a) y d) CE la necesidad de obtener una concesión administrativa para que los particulares puedan desempeñar la actividad de difusión televisiva de ámbito local mediante cable. Añadía, sin embargo, el Tribunal Constitucional que la etiqueta de «servicio público» no otorga al legislador la posibilidad de abordar cualquier regulación sino que aquél se encuentra limitado por «unos condicionamientos constitucionales como la preservación del pluralismo y el respeto a los principios de libertad e igualdad», aludiendo a la tendencia en la jurisprudencia constitucional europea de ampliar las posibilidades de la gestión privada. A lo anterior se suma el hecho de que, en 1994, la única modalidad de gestión indirecta era la prevista para la televisión de cobertura nacional por ondas electromagnéticas (Ley 10/1988, de Televisión Privada), por lo que la ausencia de regulación suprimía por completo la posibilidad de ejercer el derecho a la creación de ese medio de comunicación.

La Sección proponente de esta cuestión concluye que, aunque nada se opone a la declaración como un servicio público de cualquier medio de comunicación y a su gestión indirecta mediante concesión, «dicha opción del legislador es una limitación indirecta a las libertades de expresión e información al restringir un medio o instrumento para su ejercicio libre». Como tal limitación se encontraría sometida a los límites específicos de garantía de la libertad, la igualdad y el pluralismo pero también a determinados estándares genéricos de constitucionalidad, en resumen a la proporcionalidad de la medida de que se trate.

La cuestión se basa en la posibilidad de replantear la constitucionalidad de la declaración como servicio público de un medio de comunicación «a la vista de las consecuencias que tal calificación puede suponer sobre un medio que presenta diferencias técnicas apreciables a otros sistemas de televisión», puesto que no presenta ningún problema respecto de la utilización de bienes escasos, siendo hoy día un canal prácticamente ilimitado. Desde esta perspectiva, considera la Sala que las limitaciones inherentes a dicha calificación pueden plantear problemas respecto de su adecuación y su proporcionalidad en relación con una actividad que supone el ejercicio de un derecho fundamental como la libertad de expresión e información y que no se limita a ser una simple actividad económica. La existencia de otros intereses públicos –como la garantía del pluralismo, el uso del demanio público municipal para el cableado o la protección de los intereses de los usuarios respecto, por ejemplo, la calidad del servicio– justifican una necesaria regulación de estos medios, pero «resulta muy dudoso», concluye la Sala, «que la protección de estos y otros posibles intereses generales requiera que la regulación de esa actividad instrumental... deba llegar hasta el extremo de su declaración de servicio público de titularidad estatal y al uso de la técnica concesional, en vez de emplear otros medios menos restrictivos como pudiera[n] ser la autorización de las Administraciones afectadas, la exigencia de determinados requisitos de solvencia técnica o económica u otros».

Concluye la Sala justificando la relevancia, para el fallo del recurso de casación, de la norma cuya constitucionalidad se plantea puesto que, a pesar de que la misma ha sido derogada por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de las Telecomunicaciones, dicha derogación, de un lado, ha sido posterior a la Sentencia que se impugna en casación por lo que, en el momento de dictarse, la Sala de Instancia hubo de aplicar la norma cuestionada y, siendo el recurso de casación de revisión de la correcta aplicación del ordenamiento, la Sala debe considerar precisamente el derecho vigente entonces y no el vigente en el momento de la casación. Por otro lado, la disposición derogatoria de la Ley 11/1998 mantiene la vigencia de determinados preceptos de la Ley 42/1995, por lo que, en general, la regulación de la televisión por cable contenida en esta Ley continua en vigor. Además, en caso de confirmarse la inconstitucionalidad de los preceptos

cuestionados resultarían sin fundamento las órdenes impugnadas en el recurso contencioso-administrativo que convocaban el concurso público de telecomunicaciones por cable en Sevilla.

Por lo que respecta a la posible inconstitucionalidad del artículo 6.1 de la Ley 42/1995, la Sala da por reproducida la argumentación que ha aducido en relación con la calificación del servicio de telecomunicaciones por cable como servicio público para añadir que, para el caso en que dicha calificación no se considerase una restricción desproporcionada del derecho a crear un medio de comunicación, las dudas persistirían en relación con el artículo 6.1 por cuanto «en modo alguno dicha calificación como servicio público forzaba a una restricción tan extremada de las posibles concesiones de televisión por cable». Retoma aquí la afirmación contenida en la STC 31/1994 sobre que la calificación como servicio público no es una etiqueta que permita cualquier tipo de regulación, sin que se perciba razón alguna para limitar a dos las posibles televisiones locales por cable en cada localidad, una de ellas otorgada *ex lege* a Telefónica y abriéndose sólo una para los demás interesados, puesto que no existen razones de tipo técnico ni se advierte qué interés público legítimo puede encontrarse tras tan drástica restricción. En síntesis, concluye la Sala, «la limitación legal a dos concesiones –una no abierta a concurso público– está ayuna de justificación y parece responder a una concepción arbitrista de regulación de un sector antaño completamente en manos públicas» y remarca que la televisión local por cable, si bien puede dar lugar a la creación de canales de escasa relevancia cultural, también puede ser un medio de gran interés para fomentar el debate y la información local. De incurrir en inconstitucionalidad dicho precepto, las órdenes impugnadas también quedarían sin base legal.

Al mencionado Auto se formula un Voto particular según el cual la cuestión de inconstitucionalidad no debió plantearse. Se subraya en dicho Voto que aunque en el sector de las telecomunicaciones se ha operado un cambio sustancial como consecuencia del proceso liberalizador iniciado en la Unión Europea, ello no implica que el modelo tradicional de la *publicatio* no cumpliera los fines de interés general que requería el sector audiovisual. Como expresó en su momento el Tribunal Constitucional era conveniente una legislación ordenadora del medio, resultando legítima la calificación de servicio público por parte de legislador. Tampoco la limitación de número de concesiones ofrece tacha de inconstitucionalidad pues las infraestructuras de cable se tienden en el dominio público, utilizando las vías, plazas e, incluso, el espacio aéreo, «por lo que una absoluta libertad de instalación generaría el caos» (apertura constante de zanjas, en detrimento de la circulación vial y peatonal). Ello conduciría además, según se insiste en el Voto particular, a una prestación insatisfactoria del servicio pues los operadores se limitarían a las zonas rentables, previéndose además por ley la apertura de la programación a programadores independientes por lo que se salvaría el pluralismo informativo. Son las circunstancias económicas, como las elevadas inversiones requeridas, las que obligan a restringir el número de operadores y justifican la imposición de la condición de sociedad anónima a los operadores con un capital mínimo desembolsado.

Por otra parte, concluye el Voto, no se infringen los principios de proporcionalidad, igualdad e interdicción de la arbitrariedad, ya que el distinto tratamiento que la Ley da a los operadores se justifica en su desigual capacidad económica sin que pueda hablarse de un derecho adquirido de los concesionarios provisionales, a los que, además, se da la posibilidad de transformarse en concesionarios definitivos si cumplen las exigencias previstas en la Ley, facultándoles para proseguir la explotación durante tres años como compensación a su situación en precario anterior.

4. Por providencia de 27 de abril de 2004, el Pleno de este Tribunal, a propuesta de la Sección Segunda, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad, así como dar traslado de las actuaciones recibidas, conforme establece el artículo 37 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, al Gobierno de la Nación, por conducto del Ministro de Justicia, y al Fiscal General del Estado, para que, en el improrrogable plazo de quince días, pudieran personarse en el proceso y formular

las alegaciones que estimasen convenientes. En la misma providencia se acordó publicar la incoación de este proceso en el «Boletín Oficial del Estado» (lo que se cumplimentó en el «BOE» núm. 117, de 14 de mayo de 2004).

5. Mediante escrito presentado en el Registro General de este Tribunal el día 12 de mayo de 2004 el Presidente del Senado transmitió el Acuerdo adoptado por la Mesa de la Cámara en el que se decide comunicar al Tribunal Constitucional que el Senado se da por personado en el presente procedimiento constitucional, ofreciendo su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC. Por su parte, mediante escrito registrado el 14 de mayo de 2004, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó el acuerdo adoptado por la Mesa de la Cámara en el sentido de que, aun cuando el Congreso de los Diputados no se personará en el procedimiento ni formulará alegaciones, pone a disposición del Tribunal las actuaciones de la Cámara que pueda precisar.

6. El Abogado General del Estado presentó escrito el 19 de mayo de 2004 por el que se persona en el procedimiento y formula alegaciones, interesando se dicte Sentencia desestimatoria de la cuestión. Subraya, en primer lugar, que según doctrina consolidada del Tribunal Constitucional, la entrada en vigor de la posterior Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones, que sustituye el régimen concesional por un régimen de autorizaciones derogando la Ley de 1995, no afecta a la cuestión que no pierde objeto. Sin embargo, precisa el Abogado del Estado, los casos no sólo han de ser juzgados conforme al principio *tempus regit actum* sino también conforme al propio contexto temporal en que fue pensada su aplicación, evitando la influencia de las posteriores evoluciones técnicas.

A continuación, y en relación con el artículo 1.1 de la Ley 42/1995, el Abogado del Estado muestra sus dudas en cuanto a la referencia genérica «a los preceptos concordantes con este» que no parece casar bien con la naturaleza de los procesos de inconstitucionalidad que han de afectar a casos concretos, y en este sentido, «el artículo 1.1 viene a ser una especie de presentación del objeto o ámbito de la Ley mediante el empleo de la noción de servicio público, concepto enormemente elástico y hasta impreciso, sobre todo en ámbitos de gestión nuevos donde se carece de una tradición consolidada». Entiende el Abogado del Estado que el planteamiento de la Sala proponente, al entender la calificación de servicio público como una fuente de restricción directa de los derechos fundamentales, resulta excesivamente abstracto y falto de concreción respecto a su objeto.

El Tribunal Supremo no ha dejado de tener en cuenta –continúa argumentando– que ya en la STC 31/1994 el Tribunal Constitucional reconoció que no puede considerarse contrario a los derechos de libertad de expresión e información reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) CE la necesidad de obtener una concesión administrativa para que los particulares puedan desempeñar una actividad de difusión televisiva en el ámbito local, mediante cable. El hecho de la menor complejidad técnica de la televisión por cable y la especificidad de su soporte no justifican la exclusión del esquema concesional, tal como se deduce de la jurisprudencia del Tribunal.

Señala, a continuación, que lo pretendido en el caso de autos no es el cuestionamiento del esquema basado en el servicio público sino que lo que pretende la empresa recurrente es acceder a la prestación del mismo (mediante la ampliación del número de concesiones) y hacerlo en unas mejores condiciones a las previstas en la legislación preexistente. La Sala Tercera del Tribunal Supremo, argumenta el Abogado del Estado, parece situar la lesión de los derechos fundamentales en el aspecto del «derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» o en el hecho de que «la creación de los medios de comunicación es un derecho instrumental de los derechos consagrados en el artículo 20 CE». La propia Sala, sin embargo, reconoce la necesidad de una regulación específica para la televisión por cable al objeto de garantizar el pluralismo, el respeto a la igualdad y la exigencia de determinados requisitos de solvencia técnica y/o económica. De todos estos aspectos, se subraya, el más destacado es el relativo al lado pasivo o receptivo de la información, del conjunto de ciudadanos que

pueden beneficiarse de ella. Así, uno de los elementos que integran la noción de servicio público «está en la propia extensión y número de beneficiados de la televisión por cable» que pretende conseguir la ley al establecer las demarcaciones territoriales: hay en ello una mayor garantía de pluralismo e igualdad, tal como ya puso de relieve el Tribunal Constitucional en la STC 31/1994. Por otro lado, también está justificada la exigencia de requisitos técnicos y económicos en congruencia con la utilización privativa de bienes o infraestructuras públicas y de terceros; siendo, además, necesaria una regulación técnica uniforme en lo relativo al establecimiento de red (art. 7), a la interconexión de redes (art. 8) o a las instalaciones en edificios (disposición adicional tercera). Confluencia de materias que, al entender del Abogado del Estado, demandaría una regulación más compleja que una mera autorización municipal para el uso de dominio público.

Por lo que respecta a la impugnación del artículo 6.1 de la Ley al que se objeta el admitir una sola concesión de televisión por cable por ser una «restricción extremada», el cuestionamiento del precepto parece basarse en la posibilidad misma de que el legislador fije el número de concesiones posibles. Sin embargo esta cuestión no puede aislarse del objetivo, ya examinado, de la propia Ley que persigue que la televisión por cable sirva a un número mínimo de personas y de unidades territoriales; objetivo que, seguramente, no podría alcanzarse dejándolo a la conveniencia de los instaladores porque las inversiones en zonas periféricas o lugares de menor densidad de población no serían rentables y sólo se asumirían por vía de compromiso si así estuviera previsto en la regulación de la concesión. Tampoco es exacto pretender que las mayores posibilidades de emisión por cable –igual que por satélite en su día– supongan que la determinación del número de operadores resulte vedada al legislador, sobre todo cuando la instalación del sistema de cable supone comprometer unos bienes públicos y privados especialmente costosos. Distinta es la cuestión de que la limitación del número de concesionarios pueda perjudicar al pluralismo, pero este efecto ha sido conjurado en la misma ley al prever la obligación de distribución de programadores independientes y otras obligaciones complementarias de producción televisada (arts. 10 y 11), evitando así que ni la concesión ni la cualidad de concesionario confieran una posición de prevalencia en perjuicio del pluralismo. «La pluralidad se consigue no a costa de una pluralidad de concesiones, sino haciendo plural la concesión única que se prevé para cada demarcación». Planteamiento que el Tribunal Constitucional considera legítimo desde sus SSTC 12/1982 y 60/1982.

Por último, el Abogado del Estado llama la atención sobre la breve alusión que contiene el Auto al artículo 38 CE; alusión que ha de entenderse, más que como posible precepto vulnerado, como un *obiter dictum*. En cualquier caso, subraya, la libertad de empresa no puede entenderse contrariada por el hecho de que exista un expediente administrativo contractual con un objeto único cuya ejecución vaya a encomendarse a un solo contratante. La libertad de empresa se ejercerá en la fase de libre concurrencia que no puede considerarse lesionada por el hecho de que exista un único concesionario.

7. El día 1 de junio de 2004 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal escrito del Fiscal General del Estado mediante el que se persona en el procedimiento y formula alegaciones, solicitando la desestimación de la presente cuestión de inconstitucionalidad.

Tras resumir los antecedentes de la cuestión de inconstitucionalidad que se plantea, el Ministerio público inicia su argumentación efectuando una serie de precisiones previas. Señala, así, en primer lugar, que la Ley 42/1995 no se limita a regular la televisión por cable sino que se refiere a un «servicio integrado» de telecomunicaciones que incluye, al menos, el de telefonía tradicional, acceso a internet y televisión. Esta genérica determinación de servicios integrados que incluyen comunicaciones bi- o multidireccionales permite considerar adecuada su configuración como servicio público, aparte del hecho de las costosas inversiones o de la ocupación del dominio público, porque la titularidad de las libertades de expresión ha de predicarse no sólo de los concesionarios del servicio sino también de los usuarios del mismo, tanto de los «usuarios finales» como de aquellos que, sin ser concesionarios, prestan determinados servicios a través de la red. Por ello, entiende el Fiscal General del Estado que el primer motivo de

inconstitucionalidad debe ser desestimado ya que no se aprecia que la configuración como servicio público de las telecomunicaciones por cable –y no sólo de la televisión– incida ilegítimamente en la libertad de expresión.

Respecto del segundo motivo de inconstitucionalidad, la Sala proponente pone el acento en que sólo se admiten dos operadores por demarcación –uno de ellos determinado *ex lege*– omitiendo sin embargo un aspecto que, en opinión del Fiscal, puede resultar relevante para la resolución del caso: el hecho de que la disposición transitoria primera de la Ley parece configurar un tercer operador –e incluso más– en los casos de redes de televisión por cable que se encontrasen en explotación comercial a la entrada en vigor de la Ley, siempre que cumplan determinados requisitos y previendo una concesión provisional por tres años –que podrá convertirse en definitiva o acabar caducando–. Por ello, tampoco desde esta perspectiva puede afirmarse que la denunciada restricción de operadores implique una restricción ilegítima de la libertad de expresión.

Concluye el Ministerio Fiscal afirmando que ni la configuración del servicio público de las telecomunicaciones por cable y las redes que le sirven de soporte, ni la restricción a dos operadores por demarcación implican infracción alguna de las previsiones contenidas en el artículo 20.1 a) y d) CE, menos aun cuando la Ley prevé la posibilidad de interconexión de las redes de cable autorizadas y la contratación con programadores independientes.

8. Por diligencia de ordenación, de 1 de junio de 2004, se hace constar que, dentro del plazo conferido en la providencia de admisión a trámite de este proceso, se han personado en el mismo y han formulado alegaciones el Abogado del Estado y el Fiscal General del Estado, quedando pendiente en su momento para deliberación y votación de la Sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84 LOTC.

9. Por providencia de 6 de mayo de 2014 se señaló para deliberación y fallo de la presente Sentencia el día 8 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. La presente cuestión de inconstitucionalidad, promovida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, tiene por objeto determinar si los artículos 1.1 –y concordantes– y 6.1 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, resultan contrarios al artículo 20.1 a) y d) CE, al restringir de forma desproporcionada el ejercicio de la libertad de expresión y de la libertad de comunicar y recibir libremente información. Los mencionados preceptos legales tienen el siguiente tenor literal:

«Artículo 1. *Objeto y régimen jurídico.*

1. La presente Ley tiene por objeto el establecimiento del régimen jurídico del servicio público de telecomunicaciones por cable y de las redes que le sirven de soporte.»

«Artículo 6. *Concesión para la prestación del servicio.*

1. Se otorgará una concesión en cada demarcación territorial, sin perjuicio de lo previsto en la disposición adicional segunda, mediante la convocatoria del correspondiente concurso, previa aprobación del Reglamento técnico de prestación del servicio.»

La Sala proponente de esta cuestión de inconstitucionalidad considera, en resumen, que si bien nada se opone a la declaración como servicio público y a la gestión indirecta concesional de cualquier medio de comunicación «dicha opción del legislador es una limitación indirecta a las libertades de expresión e información al restringir un medio o instrumento para su ejercicio libre». Como tal limitación se encontraría sometida a los límites específicos de garantía de la libertad, la igualdad y el pluralismo pero también a

determinados estándares genéricos de constitucionalidad; en resumen, a la proporcionalidad de la medida de que se trate. Proporcionalidad que no se aprecia en este caso, pues no existen medidas que aconsejen la limitación del número de operadores.

Por su parte, ni el Ministerio Fiscal ni el Abogado del Estado consideran que se produzca vulneración alguna del artículo 20 CE. Ambos entienden que la calificación de la televisión como servicio público es constitucionalmente legítima tal como ha declarado en numerosas ocasiones este Tribunal. En lo relativo a la limitación del número de concesiones por demarcación territorial, el Ministerio Fiscal subraya que se trata de una limitación acorde con la regulación contenida en la Constitución que no afecta al derecho primario de libertad de expresión o información, sino al instrumental para el ejercicio del mencionado derecho; por lo que el legislador dispone de un amplio margen de actuación. Por su parte, el Abogado del Estado entiende que la cuestión del número de concesiones afectaría, en su caso, al derecho de la competencia y no al derecho fundamental de libertad de expresión y comunicación.

2. Con carácter previo al análisis de la cuestión planteada debemos referirnos a la posible pérdida de objeto de esta cuestión. Ciertamente, la regulación de las telecomunicaciones y de la comunicación audiovisual ha experimentado una progresiva y profunda evolución desde la aprobación de la norma ahora cuestionada –derogada actualmente en su totalidad– que ha supuesto una auténtica reestructuración de las bases y los fundamentos de ambos sectores. No obstante estas modificaciones legislativas sobrevenidas –cuyo último hito lo constituye la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, que regula la comunicación audiovisual en su conjunto y no en función de la técnica utilizada, partiendo del principio de neutralidad tecnológica– no determinan la pérdida de objeto del presente proceso constitucional dado que, «tal y como tiene establecido una consolidada doctrina de este Tribunal, recordada en la STC 22/2010, de 27 de abril, FJ 2, en relación con las cuestiones de inconstitucionalidad, “los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que la norma cuestionada, tras esa derogación o modificación, no sólo resulte aplicable en el proceso *a quo* sino también que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo”. En el asunto que nos ocupa el precepto legal impugnado continúa siendo de aplicación para la resolución de la controversia ante la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que el contraste de la disposición reglamentaria impugnada en el proceso judicial ha de realizarse con el precepto legal vigente en aquel momento, razón por la cual pervive el objeto de la presente cuestión de inconstitucionalidad, dado que la derogación, con sus efectos *ex nunc*, no es equivalente a una hipotética declaración de nulidad, cuyos efectos se proyectan, al menos en vía de principio, hacia el pasado» (STC 117/2011, de 4 de julio, FJ 2, entre otras muchas).

Esta doctrina, que resulta de plena aplicación a este caso, pues, como se pone de manifiesto en el Auto de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo al exponer el juicio de relevancia, la derogación de los preceptos «es posterior a la Sentencia impugnada por lo que en el momento de dictarse ésta la Sala hubo de aplicar la Ley cuestionada» y «siendo el recurso de casación un recurso extraordinario encaminado a revisar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico por la sentencia recurrida, a la hora de resolver... este Tribunal ha de considerar precisamente el derecho vigente entonces y que la Sala de instancia hubo de aplicar en su momento, no el vigente en el momento de resolver la casación».

3. Antes de entrar en el examen de los preceptos cuestionados resulta de utilidad hacer una somera referencia al contenido de la Ley 42/1995, así como al contexto normativo en que se inscribe dicha norma.

El objeto de la Ley 42/1995 es «el establecimiento del régimen jurídico del servicio público de telecomunicaciones por cable y de las redes que le sirven de soporte» partiendo, por tanto, de un concepto integrado de «servicios de telecomunicaciones por cable» que incluye el servicio de difusión televisiva a través de dicho medio pero que no

se circunscribe a él. Como se expresa en el preámbulo, la Ley viene a ser «una norma que configura de forma más detallada el marco legal aplicable a un sector determinado de los servicios de telecomunicación, aquellos que se prestan a través de redes de cable. Entre éstos, podemos mencionar los servicios de difusión sonora y los servicios de transmisión de imagen de carácter interactivo, siendo estos últimos aquellos que se consideran de mayor crecimiento y, por consiguiente, los que conforman el núcleo principal del servicio».

Desde la perspectiva de los servicios de difusión (televisión) por cable, la aprobación de esta Ley vino a poner fin a la situación de «alegalidad» en que se encontraban múltiples empresas que suministraban el servicio de vídeo comunitario o televisión por cable contando exclusivamente con la autorización municipal para el tendido del cable. Como es bien conocido, esa situación de falta de regulación –unida a la pretensión del Ministerio competente en materia de radiodifusión de sancionar a aquellas empresas por entender que prestaban un servicio público reservado al Estado sin haber obtenido la previa y necesaria concesión– fue considerada por este Tribunal como vulneradora de las libertades de expresión y comunicación reconocidas en el artículo 20.1 a) y b) CE en la STC 31/1994, de 31 de enero, puesto que dicha omisión del legislador impedía, de hecho, no sólo la posibilidad de obtener la concesión o autorización que fuese necesaria, sino la posibilidad misma de instar su solicitud (FJ 6). Dijimos entonces que el legislador no puede diferir *sine die* la regulación de una actividad –en este caso, en relación a la gestión indirecta de la televisión por cable– que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental, «pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, ... no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 C.E., en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable» (FJ 7).

La Ley 42/1995 acomete, pues, la regulación de los servicios de telecomunicaciones por cable, partiendo de su calificación como servicio público (art. 1) –en sintonía con lo dispuesto en la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de Telecomunicaciones, así como, en relación a los servicios de difusión, con lo dispuesto en la Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se aprueba el estatuto de radio y televisión, que califica los servicios de radio y televisión como servicios públicos esenciales cuya titularidad se reserva al Estado– y de la necesidad de obtener la previa concesión para la prestación del servicio (art. 6) en las diversas demarcaciones territoriales que se constituyan (art. 2); en concreto, una concesión por demarcación territorial (art. 6.1) sin perjuicio de la habilitación a Telefónica para prestar el servicio con sus propias infraestructuras (disposición adicional segunda) siempre que soporten de forma integrada este servicio con el telefónico básico. Obtenida la concesión la Ley regula los derechos del concesionario (arts. 8 y 9), sus obligaciones (arts. 7, 10 y 11), el régimen de los contenidos de la programación audiovisual (art. 12) y el régimen sancionador (art. 13). Conviene remarcar, en lo que aquí interesa, que la disposición transitoria primera de la Ley contempla que «las redes de televisión por cable que se encuentren en explotación comercial a la entrada en vigor de esta Ley podrán continuar realizando esa actividad» solicitando, en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Ley, una concesión provisional. En el caso de incumplir dicho plazo, o en el caso de que el Municipio no se constituyese en demarcación en el plazo para ello previsto, la ley prevé «la apertura de un periodo transitorio que finalizará a los tres años contados desde la entrada en vigor de esta ley, transcurrido el cual se extinguirá el título provisional otorgado, quedando inhabilitada la red para la prestación del servicio».

En desarrollo de esta Ley, y mediante el Real Decreto 2066/1996, de 13 de septiembre, se aprobó el Reglamento técnico y de prestación del servicio, del que derivan, precisamente, las órdenes ministeriales de 28 de febrero y de 8 de abril de 1997 que regulan, respectivamente, las bases administrativas y la convocatoria del concurso público para la adjudicación de la gestión indirecta del servicio público de televisión por cable en la demarcación de Sevilla, que se impugnan en el proceso *a quo*.

Por lo que se refiere al contexto normativo, tal y como apuntamos antes, la Ley 42/1995 fue objeto de diversas modificaciones hasta su derogación en el año 2003. Así, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de liberalización de las telecomunicaciones (proveniente del Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio) modificó algunos de sus preceptos en orden a flexibilizar el procedimiento de adjudicación de concesiones y de los requisitos que debían cumplir los potenciales adjudicatarios. Poco después, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones –con la voluntad, como se expresa en su preámbulo, de establecer un marco jurídico único de las telecomunicaciones aplicando los criterios comunitarios establecidos en las sucesivas Directivas de liberalización de servicios y redes de telecomunicaciones– liberalizó los servicios de telecomunicaciones que pasaron a definirse, no ya como servicios públicos de titularidad estatal, sino como «servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia». La Ley general de telecomunicaciones de 1998 en su disposición derogatoria única deroga la Ley 42/1995, manteniendo, sin embargo, la vigencia de la regulación referida al servicio de difusión de televisión –previsión que se completa con la contenida en la disposición adicional novena que contempla la prestación en libre concurrencia de los servicios portadores de cable y satélite, excluyendo los servicios de difusión que seguirán requiriendo de la concesión para su prestación–. En definitiva, como pone de manifiesto la Sala proponente de esta cuestión, la pretendida derogación no fue tal puesto que, entre otras cosas, la Ley de 1998 excluye de su ámbito de aplicación los servicios de difusión de radio y televisión que, sin embargo, sí se encuentran incluidos dentro de la noción de «servicio de telecomunicaciones por cable» que manejaba la Ley 42/1995, conviviendo entonces servicios liberalizados (telecomunicaciones) y servicios públicos (difusión).

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, ahonda en el proceso de liberalización iniciado por su predecesora estableciendo la prestación en libre competencia de los servicios de televisión y radio por cable –mediante la transformación inmediata de los títulos habilitantes en autorizaciones administrativas–, si bien dicha previsión se realizó con eficacia diferida al año 2009 (tal como se establece en la disposición transitoria décima de la Ley general de telecomunicaciones de 2003). La Ley 10/2005, de 14 de junio, de Medidas Urgentes de impulso de la televisión digital terrestre, de liberalización de la televisión por cable y de fomento del pluralismo, modificó la disposición transitoria décima de la Ley 32/2003 adelantando la eficacia de la plena competencia en estos servicios, que se logró definitivamente con la aprobación del Reglamento general de prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable aprobado por Real Decreto 920/2006, de 28 de julio, a partir del cual la prestación del servicio de televisión por cable requeriría de la obtención de una autorización administrativa y no de una concesión de servicio público.

El resumen de esta evolución normativa evidencia el cambio en el modelo de regulación de televisión por cable (en realidad de toda la actividad audiovisual) que pasó de ser definida como una actividad de servicio público de titularidad estatal –en una concepción formal o estricta que implicaba la *publicatio* de la actividad con fundamento en el artículo 128 CE cuya gestión por operadores privados requería de la pertinente concesión administrativa– a ser calificada como una actividad de interés general que se ejerce en libre concurrencia y que sólo requiere de la previa obtención de una autorización administrativa. Se seguía así la tendencia liberalizadora de la Unión Europea –Directiva 89/552/CE de Televisión sin Fronteras, modificada en sucesivas ocasiones hasta la vigente y codificada Directiva 2010/13/UE, de Servicios de Comunicación Audiovisual, de 10 de marzo– y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del artículo 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH) que parte de la libertad de creación de medios de comunicación y de la posibilidad de que los Estados establezcan un régimen de licencias o autorizaciones para garantizar el respeto de otros valores constitucionales.

La culminación de este proceso de liberalización lo constituye la ya mencionada Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, que parte, precisamente, de la libertad de creación de medios de comunicación en ejercicio de la libertad de expresión y de comunicación libre y de la libertad de empresa (art. 22), sometiendo dicha actividad a una comunicación previa –y, en determinados casos como pueda ser la existencia de recursos escasos, al régimen de licencia– como medio para garantizar el pluralismo de los medios de comunicación.

4. Determinado, así, el contexto normativo de la Ley 42/1995 y entrando ya en la cuestión de fondo planteada por el Tribunal Supremo, conviene analizar los preceptos cuestionados de forma independiente: de un lado, la constitucionalidad de declarar la televisión por cable –como uno de los servicios integrados en el concepto legal de «telecomunicaciones por cable»– como un servicio público (art. 1 de la Ley 42/1995) y, de otro, la constitucionalidad de la limitación del número de operadores que la Ley deriva de aquella declaración (art. 6.1 de esa misma Ley).

En cualquier caso, y con carácter previo, ambos aspectos exigen recordar ahora nuestra doctrina sobre el contenido y alcance de las libertades de expresión e información reconocidas en el artículo 20.1 a) y d) CE, especialmente en la vertiente de lo que ha venido en llamarse «derecho de antena», como libertad de creación de medios de comunicación. Así, en la STC 12/1982, de 31 de marzo, ya declaramos que «no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» (FJ 3), afirmación que reiteramos, entre otras, en las SSTC 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 6, y 119/1991, de 3 de junio, FJ 5, y volvimos a enunciar, de forma más precisa, en la STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 7, al sostener que «la Constitución al consagrar el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1 a) CE] y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) CE], consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades».

Ciertamente también dijimos que el derecho a crear medios de comunicación tiene un carácter instrumental, «no pudiendo equipararse la “intensidad de protección de los derechos primarios, directamente garantizados por el artículo 20 CE, y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos. Respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar, al regular dicha materia, otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial” (STC 206/1990, fundamento 6)» (STC 119/1991, de 3 de junio, FJ 5). Más recientemente hemos recordado esta distinción entre los «derechos primarios» y «derechos instrumentales» con ocasión de pronunciarnos sobre la validez del Decreto-ley sobre la liberalización de las telecomunicaciones –en concreto, en relación con la televisión digital por satélite con sistema de acceso condicional– subrayando las consecuencias prácticas de dicha distinción. Así, resaltamos entonces que «la libertad de configuración normativa del legislador para disciplinar los soportes técnicos e instrumentos de comunicación... es mayor que la que posee a la hora de ordenar directamente los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución»; que su naturaleza «aconseja no entender como una decisión esencial respecto de esos derechos la ordenación de las condiciones técnicas del medio televisivo» y que «unos extremos como son los sistemas de transporte y difusión de señales... no son ni desarrollo directo de los derechos fundamentales del artículo 20.1 CE ni tampoco realmente, una verdadera regulación de las condiciones para su ejercicio» (todas en la STC 127/1994, de 5 de mayo, FFJJ 4 y 5)» (STC 329/2005, de 15 de diciembre, FFJJ 4 y 9; y, en la misma línea la STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 3 en relación a la Ley 21/1997, de 3 de julio, reguladora de las emisiones y retransmisiones de competiciones y acontecimientos deportivos).

En lo que aquí interesa, la libertad de comunicación ejercitada por la entidad demandante en el proceso *a quo* forma parte del contenido consagrado en el art. 20.1 a) y d) CE, si bien con un carácter instrumental puesto que el citado precepto constitucional no supone «el reconocimiento de un derecho directo a emitir» ni de él nace directamente «un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias» para emitir, aunque sólo sea a nivel local [SSTC 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 6; 31/1994, de 31 de enero, FJ 7 y 127/1994, de 5 de mayo, FFJ 4 B) y 6 A), y 88/1995, de 6 de junio, FJ 5, entre otras].

Así, el derecho a la creación de medios de comunicación –como soporte necesario del ejercicio de las libertades de expresión y comunicación o plataforma esencial de los mismos– puede quedar sometido, en su ejercicio, a límites o modulaciones establecidos por el legislador y justificados por la necesidad de proteger valores constitucionales como el pluralismo (externo o interno) como un valor fundamental del Estado, la formación de una opinión pública libre o los principios de libertad e igualdad (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4; 12/1982, de 31 de marzo, FJ 6 y 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 6), siempre que tales limitaciones no cercenen el contenido primario o material que garantizan las libertades reconocidas en el artículo 20.1 a) y d) CE; esto es, el derecho a una comunicación libre sin la que «serían formas huecas las instituciones representativas, se falsearía el principio de legitimidad democrática y no habría una sociedad libre ni soberanía popular», exigiendo, por ello su preservación «una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social» (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3).

La necesidad de la *interpositio legislatoris* y, por tanto, de una regulación previa que establezca determinados mecanismos de ordenación del sector –ya sea a través de la necesidad de obtener una concesión administrativa, ya sea una simple autorización o ya sea una mera comunicación previa– responde a la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho a crear medios de comunicación con el ejercicio de otros derechos y la protección de otros valores constitucionales. En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 CEDH, precepto que reconoce expresamente que la libertad de creación de medios de comunicación se encuentra comprendida en el ámbito de la libertad de expresión, sin que ello impida a los Estados someter a las empresas de radiodifusión, cine o televisión a un régimen de autorización (*lato sensu*).

5. Partiendo, entonces, de la premisa de que la creación de medios de comunicación comprendida en el ámbito del artículo 20 CE admite su limitación o modulación es al legislador a quien corresponde decidir cuál es la técnica regulatoria idónea al fin perseguido y en qué extensión o con qué intensidad se aplica. En su Sentencia de 17 de septiembre de 2009, caso *Manole c. Moldova*, § 100, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que la elección de los medios a través de los cuales conseguir esos fines –garantía del derecho a recibir una información imparcial y una pluralidad de opiniones que refleje la diversidad política del país– pertenece al margen de apreciación del Estado; y que dichos medios variarán en función de las concretas condiciones que se identifiquen, reconociéndose que la caracterización de la actividad de radiodifusión como servicio público puede contribuir a la calidad y al equilibrio de la programación.

Desde esta perspectiva, y entrando ya en el análisis del artículo 1.1 de la Ley 42/1995, la declaración del servicio de telecomunicaciones por cable (incluyendo la televisión por cable) como un servicio público constituye, precisamente, el ejercicio de esa opción del legislador consistente en elegir la técnica regulatoria más idónea en orden a preservar la prestación universal del servicio integrado de telecomunicaciones por cable (art. 1.2 de esa misma Ley) y del servicio de radiodifusión por cable en determinadas condiciones. Esta declaración o calificación de la actividad como un servicio público es constitucionalmente legítima puesto que ningún precepto constitucional lo impide expresa o tácitamente (por todas, STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 7). De hecho, en este caso, responde a la lógica vigente en el momento temporal en que se aprueba la Ley, momento en el que, por una parte, las actividades de difusión televisiva (de un único punto receptor a múltiples puntos receptores) se conciben en todo caso como un servicio público

reservado al Estado, tanto en la Ley 4/1980, de 10 de enero, por la que se regula el estatuto de la radio y la televisión; Ley 46/1983, reguladora del tercer canal de televisión o Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (en realidad, concesionarias del servicio público estatal). Por otro lado, el sector de las telecomunicaciones es también calificado como servicio público –prestado en monopolio por Telefónica (tal como se desprende de la Ley de ordenación de las telecomunicaciones de 1987 y su modificación de 1992)– a la espera de la trasposición de las directivas comunitarias de liberalización de los servicios, posteriormente de las infraestructuras, de telecomunicaciones.

La declaración del servicio público de una actividad con reserva de la misma al Estado se configura, así, como «una opción, entre otras constitucionalmente posibles, que puede tomar el legislador. El artículo 128.2 de la Constitución permite a la ley reservar al sector público «recursos» o «servicios esenciales», y una interpretación literal aunada a otra sistemática, derivada del uso de dos expresiones constitucionales que no pueden querer decir lo mismo, obliga a entender que los «servicios esenciales» de una comunidad no tienen por qué ser «recursos» naturales o económicos; es esa una noción que, por su amplitud, puede abarcar a estos servicios de radiodifusión de indudable importancia o esencialidad en las sociedades de masas contemporáneas, para suministrar información plural a través de determinados soportes técnicos y permitir formar opinión pública» [STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6 B), con cita de la STC 206/1990, de 17 de diciembre].

La opción por el «servicio público» comporta el establecimiento de un determinado régimen jurídico en la prestación del servicio de que se trate, cuyas fórmulas de prestación pueden ser tanto directas (por los propios poderes públicos que ostentan la «titularidad» del servicio) como indirectas (por empresas privadas previa obtención de concesión administrativa). En cualquier caso, la opción del legislador por la técnica regulatoria del servicio público y su concreta forma de prestación se encuentra sometida a ciertos límites.

En primer lugar, no puede obviarse –sin entrar en debates doctrinales que no nos corresponden– que la noción de servicio público es dinámica y que habrá de adaptarse en su extensión o en su misma existencia a los cambios tecnológicos y sociales. Así, como hemos señalado en el concreto ámbito de la radiodifusión y la televisión «los cambios en los condicionamientos técnicos (que no se limitan solo al ámbito de la frecuencias sino también a las necesidades y costes de infraestructura para este tipo de medios) y también en los valores sociales, pueden suponer una revisión de la justificación y los límites que supone la *publicatio*, tanto en lo que se refiere a la constitucionalidad de un monopolio público en la gestión televisiva, como a los límites que establezcan la regulación de una gestión privada del servicio que el legislador está obligado a realizar respetando los principios de libertad, igualdad y pluralismo» (STC 88/1995, de 6 de junio, FJ 5). Apuntábamos, entonces, la necesidad de ser sensibles a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a las de otros tribunales constitucionales europeos que «han evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de una televisión privada (STC 206/1990, FJ 6)» (STC 88/1995, de 6 de junio, FJ 5, con cita de las SSTC 206/1990, 31/1994 y 127/1994).

De hecho, tal como hemos puesto de manifiesto en el fundamento jurídico tercero de esta resolución, el concepto de servicio público ha experimentado una profunda revisión, alejándose de esa concepción formal que implicaba en todo caso la existencia de un monopolio de titularidad pública y reconociéndose que es factible preservar el pluralismo de los medios de comunicación y de otros valores constitucionales, así como la prestación de un servicio con carácter universal y en determinadas condiciones de calidad o regularidad, a través de otras técnicas menos gravosas como la autorización o la comunicación previa. Así se ha verificado, en lo que aquí interesa, en los sectores de las telecomunicaciones y la radiodifusión y televisión como muestra la evolución legislativa antes descrita, en aplicación y transposición de las Directivas comunitarias que, desde 1988, iniciarían el camino de liberalización de estos sectores tan imbricados entre sí.

En segundo lugar, la declaración de la televisión por cable (realidad diferente de los otros servicios multimedia, de telefonía o datos que también son transmitidos a través del cable) como una actividad de servicio público se encuentra sometida a los límites que se derivan del mismo hecho de proyectarse sobre el ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) CE. Y en este sentido hemos sido contundentes al declarar que la calificación de la televisión como un servicio público «no es, en absoluto, ‘una etiqueta que una vez colocada sobre el medio, permita cualquier regulación de la misma, ya que hay en juego derechos subjetivos –los de comunicar libremente el pensamiento y la información– que la *publicatio* limita y sacrifica en favor de otros derechos, pero que no puede en modo alguno eliminar’ (STC 206/1990, fundamento jurídico 6); ni, “mediante la invocación de dicha tesis, se habilita a los poderes públicos a poder legitimar un injustificado sacrificio de tales derechos de libertad y, en concreto, la ausencia de regulación de procedimientos legales que permitan el lícito acceso a la creación de medios por particulares en los distintos soportes tecnológicos hasta la medida en que lo permitan las condiciones técnicas y económicas de cada momento”». [STC 127/1994, FJ 6 B)].

En definitiva, «la asunción por los poderes públicos de la actividad televisiva como servicio público... no puede tener otra justificación que la de servir a los intereses generales y asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales y no la de acaparar indebidamente servicios televisivos que puedan ser directamente prestados por los particulares en el ejercicio de su derecho general de libertad. Se trata, no sólo de asegurar sin interrupciones el cumplimiento de ciertas actividades que satisfacen una necesidad esencial de cualquier comunidad, la obtención de una información libre y plural por los ciudadanos por medio de la televisión, sino también, y sobre todo, de permitir el acceso en condiciones de igualdad al ejercicio de los derechos fundamentales a suministrar información y pensamiento libre a través de este soporte técnico o, cuando menos, de garantizar una igualdad de trato normativo en las condiciones de acceso a la autorización administrativa, sin que en ningún caso esta configuración pueda servir para justificar eventuales injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos de libertad del artículo 20 CE.» [STC 127/1994, FJ 6 B), con cita de la STC 206/1990].

La cuestión, por tanto, como ya apuntábamos, no es tanto la declaración de la televisión por cable como servicio público en sí misma –que, *a priori*, no resulta contraria a la Constitución sin que, por tanto, pueda prosperar la tacha de inconstitucionalidad que el Tribunal Supremo plantea respecto del art. 1.1 de la Ley 42/1995–, como las consecuencias que, en este caso, derivan de tal declaración; en particular, la limitación del número de concesionarios (u operadores) a uno por demarcación territorial con la habilitación de Telefónica como segundo operador, en caso de que ejerza dicha opción, tal como se verá a continuación y como de hecho se desprende del enfoque del propio Auto de planteamiento de la cuestión, pues lo que suscita el Tribunal Supremo es si en un contexto tecnológico (como el cable) en el que no puede hablarse de recursos escasos –fundamento de la declaración de servicio público en otros casos, como ocurre, por ejemplo, respecto de la televisión que utiliza el espacio radioeléctrico–, la preservación de esos otros intereses y valores constitucionales requiere de una técnica de regulación que llegue «hasta el extremo de su declaración de servicio público de titularidad estatal y al uso de la técnica concesional, en vez de emplear otros medios menos restrictivos como pudiera serlo la autorización de las administraciones afectadas, la exigencia de determinados requisitos de solvencia técnica o económica u otros».

6. El análisis sobre la constitucionalidad del artículo 6.1 de la Ley 42/1995, en tanto que forma concreta de prestación del servicio público de telecomunicaciones por cable y teniendo en cuenta lo que se ha dicho en el fundamento jurídico anterior, ha de partir de la premisa de que el duopolio previsto en el citado precepto se refiere al establecimiento de infraestructuras o redes de cable, esto es, la previsión de la existencia de dos operadores de cable, con sus propias redes, en cada demarcación territorial (pudiendo establecerse la nueva red de cable bien mediante la construcción de las infraestructuras

necesarias para el transporte de la señal, bien mediante la utilización de redes o infraestructuras ya existentes). Se rompe, así, el monopolio diseñado en la Ley de ordenación de telecomunicaciones, introduciendo una competencia restringida que permite la existencia de infraestructuras alternativas a las existentes (Telefónica y Retevisión).

Como segunda premisa de análisis conviene recordar que el enjuiciamiento del precepto cuestionado debe realizarse en relación con el contexto normativo y temporal en que su aplicación resultó determinante (por ser el anclaje legal de las órdenes ministeriales de regulación y convocatoria del concurso que se impugnan en el proceso *a quo*). Así, si bien es cierto que actualmente podría objetarse, incluso desde una perspectiva constitucional, que se recurriese a fórmulas o técnicas como la del servicio público (en la concepción formal aquí cuestionada) cuando la evolución tecnológica, económica y social ha demostrado que es posible la preservación del pluralismo de los medios de comunicación social y del resto de valores constitucionales apuntados mediante la utilización de técnicas regulatorias menos intensas que la limitación del número de concesionarios privados (como evidencia el régimen establecido en la vigente Ley general de comunicación audiovisual, a la que ya hemos aludido), también lo es que el contexto en que se aprobó la Ley 42/1995, era muy diferente.

En efecto, la Ley 42/1995 se aprobó, por un lado, con la voluntad de regular de forma integrada los servicios de telecomunicaciones por cable y de colmar la laguna jurídica existente respecto de los servicios de difusión de televisión por cable que, como dijimos en la meritada STC 31/1994, impedía el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE; y, por otro lado, en un contexto de incipiente liberalización al que la Ley intenta dar respuesta mediante el diseño de un duopolio compartido entre el concesionario adjudicatario tras la celebración del correspondiente proceso de selección y Telefónica. Así lo especifica el propio preámbulo de la Ley en el que se señala que «la ley introduce, adelantándose a la Unión Europea, modificaciones en la regulación actual en el campo de las infraestructuras, al permitir la existencia de un nuevo operador de infraestructuras de comunicaciones por demarcación distinto de los prestadores previstos en el artículo 14 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones, autorizando al concesionario del servicio de telecomunicaciones por cable a instalar su propia red de cable, sea ésta de nueva construcción o utilizando infraestructuras ya existentes.»

La Ley 42/1995 tiene, pues, vocación de introducir la competencia, no sólo ahondando en la liberalización en la prestación de servicios (pues su disposición transitoria segunda prevé la posibilidad de que los operadores de cable puedan prestar el servicio telefónico básico a partir de 1 de enero de 1998) sino iniciando el tránsito hacia la liberalización total de infraestructuras y redes que la Unión Europea, desde la aprobación del «Libro Verde de liberalización de las infraestructuras y redes de cable» en 1994 (cuya segunda parte se publicó en el año 1995), preveía para el año 1998 (si bien con moratoria para determinados Estados miembros, entre ellos España).

En definitiva, en el contexto descrito y entre diversas opciones –dentro del mayor ámbito de libre configuración del que dispone en relación con la regulación del acceso a la creación de medios de comunicación– el legislador español optó por el establecimiento de un duopolio por diversas razones, también apuntadas en el preámbulo de la Ley: porque «de esta forma se respeta la posición que para Telefónica de España resulta del contrato celebrado con el Estado» –lo que tiene su lógica en aquel momento atendiendo al objeto de la Ley 42/1995 que, como ya hemos señalado, no se circunscribe a la regulación de la televisión por cable– y porque «al mismo tiempo, se posibilita la existencia de la competencia necesaria en la prestación de estos servicios, debiendo ambos operadores actuar en las mismas condiciones. Esta restricción al número de operadores por demarcación obedece a razones de tipo económico, por la inviabilidad de la operación en el supuesto de que proliferaran los operadores, en atención al elevado importe de la inversión a efectuar».

Más allá del asunto relativo a la habilitación automática de Telefónica, las razones que esgrime el legislador para el establecimiento de ese duopolio son razones económicas, que, según el Auto de planteamiento de la cuestión, no resultan convincentes. Señala, así, la Sala proponente que la limitación de los derechos reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) CE no obedece, en este caso, a la escasez del medio empleado para transmitir. Ciertamente, con anterioridad, nos hemos pronunciado en este sentido en relación con la declaración de la televisión por ondas como un servicio público (y las consecuentes limitaciones en el número de operadores) que se justificaba, precisamente, por dicha escasez y por la necesidad de «ordenar la igualdad en las condiciones de acceso de los ciudadanos a un bien limitado» (STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 6). Como reverso de esa afirmación, hemos reconocido que las emisiones de televisión a través del cable «no suponen el agotamiento de un medio escaso de comunicación, ya que difícilmente puede ser estimable la vía pública en este supuesto como un bien escaso, ni implica por sí y ordinariamente restricciones al derecho de expresión de los demás, toda vez que la existencia de una red local de distribución no impide el establecimiento de otras» (STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 7). Ello no quiere decir, sin embargo, que la limitación del número de operadores para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable prevista en la Ley 42/1995 sea inconstitucional pues, adelantamos ya, dicha configuración de los requisitos de acceso a la prestación del servicio no aparece como irrazonable ni menoscaba el ejercicio del contenido primario del art. 20 CE atendidos los objetivos que se persiguen –que son algo más que económicos como se desprende de la lectura integrada de la Ley 42/1995–.

En este punto no es posible obviar que el establecimiento y despliegue de una infraestructura de red requiere normalmente de grandes inversiones, lo que implica una tendencia a lo que se ha llamado «monopolio natural». La consideración de que una multiplicidad de operadores podría hacer inviable la operación, tal como se sostiene en la Ley 42/1995, por la escasez económica propia de estos sistemas, es una cuestión cuya valoración corresponde al legislador, pues se trata de extremos que «en definitiva, deben quedar dentro de la libertad de configuración normativa del legislador, salvo hipotéticos abusos en las restricciones» acordadas (STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 7). En cualquier caso, la opción articulada en la Ley 42/1995, cuya finalidad última parece ser la compatibilidad entre la prestación de los servicios de comunicación por cable, el fomento de la competencia en este sector y el mantenimiento del equilibrio territorial, no puede considerarse lesiva o restrictiva del contenido material del artículo 20 CE que, conviene recordar, no reconoce *per se* un derecho a emitir, estando salvaguardadas en este caso la libertad de expresión y la libertad de comunicación a través de las obligaciones de programación, sobre todo teniendo en cuenta el horizonte «transitorio» de la norma analizada puesto que, de acuerdo con las directivas europeas, la liberalización total de las infraestructuras en España debía producirse en 2003.

Esta perspectiva tiene entonces su lógica en el contexto temporal en que se produce pues en 1995 no se habían desarrollado en España grandes redes de cable, sino una multiplicidad de redes pequeñas operadas por empresas de carácter generalmente reducido. La regulación acometida por la Ley 42/1995 que, como hemos dicho antes, contempla los servicios de telecomunicaciones por cable en su conjunto –y no sólo los servicios de difusión– pretende una regulación global, integral, de dichos servicios y su extensión a todo el territorio, a través de su división en demarcaciones imponiendo obligaciones de servicio público que difícilmente pueden ser atendidas por empresas de tamaño reducido. Corresponde *ex lege* al concesionario garantizar una calidad uniforme del servicio y una cobertura universal en la demarcación, así como asegurar la regularidad de la prestación del servicio y asumir determinadas obligaciones tarifarias. En lo concerniente a la televisión por cable la Ley 42/1995 establece la obligación de distribuir a todos los abonados a la red (*must carry*) «el conjunto de servicios de difusión de televisión por ondas regulados en las Leyes 4/1980, de 10 de enero y 10/1988, de 3 de mayo» [art. 11.1 e)]; así como todos los servicios de difusión de televisión gestionados por la Comunidad Autónoma a la que pertenezca la demarcación territorial [art. 11.1 f)] y los

servicios de televisión local [art. 11.1 g), siempre de la Ley 42/1995], respetando en todo caso las reglas de control de contenidos (protección de infancia y juventud) a que hace referencia el artículo 12 de la Ley 42/1995. De otro lado, y aparte de las obligaciones de interconexión de redes (o suministro de infraestructuras para el caso de Telefónica según la disposición adicional segunda, apartado 7) la Ley 42/1995 exige al operador de cable la distribución mediante su red de contenidos audiovisuales de programadores independientes (art. 10) –obligación que se fija en un 40 por 100 de la programación [art. 11 1 d)]–.

De todo lo anterior puede concluirse que la opción del legislador de 1995 no afecta al contenido primario del derecho a la libertad de expresión y del derecho a comunicar (y recibir) libremente información del artículo 20.1 a) y d) CE puesto que, más allá de si hubiese sido mejor otra opción diferente a la introducción de una competencia restringida, lo cierto es que la ley articula un sistema –a través de obligaciones de distribución de los contenidos de las cadenas públicas y de las cuotas de programación– que permite la salvaguarda del pluralismo de los medios de comunicación social y, por tanto, la preservación de la formación de una opinión pública libre que es, necesariamente, el objetivo de toda regulación del sector audiovisual.

La Ley prevé, además, un sistema objetivo de selección del operador (adjudicatario de la concesión) ligado a los objetivos de servicio público que debe cumplir. Los criterios establecidos –tanto en la Ley como en las normas que la desarrollan– para la adjudicación de la concesión del servicio de televisión por cable son la viabilidad técnica y económica del proyecto, las previsiones de cobertura, el menor impacto ambiental y sobre el dominio público, el aprovechamiento de infraestructuras preexistentes, el nivel tecnológico y la variedad y calidad de los servicios, entre otros. Se trata de criterios objetivos que garantizan la igualdad de oportunidades en la tramitación del procedimiento y que persiguen fines constitucionalmente legítimos que pueden justificar la restricción en el número de operadores, junto a los fines propios de la actividad como la preservación del pluralismo y la formación de una opinión pública libre. El hecho de que la selección del titular de la concesión «deba efectuarse con arreglo a criterios generales, objetivos y de igualdad en el libre acceso que permitan un control posterior de la regularidad de la decisión administrativa por parte de los Tribunales ordinarios» [STC 127/1994, 6 B)], incorpora ya un criterio que permite constatar la proporcionalidad de la medida regulatoria.

Por último, no puede obviarse que este cambio de perspectiva en el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones por cable, como consecuencia de la intervención del legislador, se realiza, además, con vocación de mantener, en lo posible, las expectativas de las empresas que ya venían operando en el sector, tal como demuestra el régimen transitorio establecido en la Ley 42/1995 –asunto éste que no es baladí puesto que el origen de la cuestión planteada por el Tribunal Supremo es, precisamente, el recurso interpuesto por Procono, S.L., asociación de empresas que explotaban el servicio del cable y que no ha resultado beneficiaria de la concesión– que permitió, en la práctica, que esas empresas pudieran continuar con la prestación de los servicios que llevaban a cabo, si bien impidiendo la realización de nuevas inversiones. Así, constatada una situación fáctica como la preexistencia de pequeños operadores de cable que habían extendido sus redes para la prestación del servicio –generalmente en las comunidades de vecinos, que luego se interconectaban– la Ley 42/1995 articula una cláusula de cierre a través de su disposición transitoria primera que, en definitiva, permite a dichos operadores continuar la prestación del servicio mientras realizan los trámites necesarios para optar a la concesión o, en caso de no presentarse al concurso, continuar la prestación con un título provisional durante un determinado plazo. Este régimen transitorio establecido en la Ley de 1995 fue modificado por la legislación posterior, estableciendo un régimen más beneficioso para los operadores preexistentes y atenuando, así, los efectos que tiene la nueva regulación sobre las expectativas de los operadores que habían actuado en un vacío legal y que no necesariamente habían de obtener una concesión de forma automática, ya que no gozaban de ningún derecho adquirido sino, en su caso, de meras expectativas de obtener la concesión. El Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de

Liberalización de las Telecomunicaciones (convalidado por Ley 12/1997, de 12 de abril) prevé el otorgamiento de concesiones especiales (por diez años no renovables) a aquella empresas que venían prestando servicios de televisión por cable y que no hubieran resultado finalmente adjudicatarias de concesiones definitivas y ampara, también, a aquellas empresas que, aun no estando incluidas en la disposición transitoria primera de la Ley 42/1995 hubiesen obtenido una concesión municipal antes de la aprobación del citado Real Decreto-ley.

7. Todos estos elementos permiten constatar que la opción de la Ley, que actualmente nacería obsoleta y carente de justificación, se articuló en su día como un mecanismo de transición hacia la prestación en libre competencia de los servicios de telecomunicaciones por cable, incluidos los servicios de radiodifusión cuya liberalización fue más tardía. En este contexto, las condiciones establecidas –declaración de la actividad como servicio público necesitado de concesión y duopolio– constituyen medidas razonables dentro del margen de configuración que posee el legislador para regular tales servicios, que no impiden el ejercicio (ni vacían su contenido) de los derechos reconocidos en el artículo 20.1 a) y d) CE. En conclusión procede desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 1 y 6.1 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Desestimar la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a ocho de mayo de dos mil catorce.–Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.–Adela Asua Batarrita.–Luis Ignacio Ortega Álvarez.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Juan José González Rivas.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Enrique López y López.–Ricardo Enríquez Sancho.–Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en la cuestión de inconstitucionalidad núm. 2155-2004*

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria del Pleno de este Tribunal, discrepo con la fundamentación jurídica de la Sentencia y con su fallo en cuanto ha desestimado el cuestionamiento del artículo 6.1 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de telecomunicaciones por cable, por la vulneración del artículo 20.1 a) y d) CE.

1. La Ley de telecomunicaciones por la vulneración, tras establecer en su artículo 1.1 el carácter de servicio público de las telecomunicaciones por cable y de las redes que le sirven de soporte, disponía en su artículo 6.1 que sólo se otorgaría una concesión en cada demarcación territorial para la prestación de este servicio, mediante la convocatoria del correspondiente concurso, al margen de la potestad concedida a Telefónica de España, S.A., para solicitar el título habilitante para la prestación del servicio de telecomunicaciones por cable en cada demarcación utilizando sus propias infraestructuras (disposición adicional segunda de la Ley 42/1995). Por tanto, se venía a consagrar una prestación de este servicio público en régimen de duopolio de concesionarios, de modo tal que, junto a la infraestructura ya existente propiedad de la empresa Telefónica de España, S.A., se pudiera desarrollar únicamente otra.

Por los razonamientos expuestos en la posición de la mayoría, no considero que la declaración del servicio de telecomunicaciones por cable como un servicio público a prestar en régimen de concesión administrativa resulte en sí misma lesiva del contenido de los derechos a la libertad de expresión e información [arts. 20.1 a) y c) CE]. Ahora bien, no puedo compartir los argumentos en que se sustenta la conclusión de que la limitación de dichas concesiones a una sola por cada demarcación territorial tampoco resulta lesiva de estos derechos fundamentales. Esta limitación resultaba desproporcionada en relación con el ejercicio de los derechos la libertad de expresión e información, en su concreta dimensión del derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión de ideas y opiniones se hace posible.

2. La posición de la mayoría afirma, a mi juicio acertadamente, que es jurisprudencia constitucional reiterada que el derecho a la libertad de expresión e información comprende el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión de ideas y opiniones se hace posible y que el carácter instrumental de este último derecho respecto del primero, si bien permite una mayor modulación legislativa en supuestos en que concurre con otros valores o intereses constitucionales, no admite limitaciones que afecten a su contenido esencial, por lo que debe preservarse una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social.

En este marco conceptual, la posición de la mayoría es que el duopolio establecido en el artículo 6.1 de la Ley 42/1995 no vulnera el artículo 20 CE, ya que, por el contexto temporal en que se produjo, no resulta irrazonable y, además, no ha vaciado el contenido de los derechos a la libertad de expresión e información. Por lo que se refiere al carácter no irrazonable de la limitación de concesiones se apela a que esta regulación (i) tenía la vocación de ser un elemento incipiente de liberalización de las infraestructuras, que se anticipó a la normativa comunitaria, (ii) obedecía a razones económicas por la inviabilidad de la operación si proliferaran los operadores, en atención al elevado importe de la inversión y la necesidad de que se garantizara una regularidad y calidad uniforme del servicio y una cobertura universal en la demarcación. Y, por lo que se refiere a su carácter no restrictivo del contenido material del artículo 20 CE, se argumenta que quedaba salvaguardado el pluralismo de los medios de comunicación social, ya que (i) se establecieron obligaciones de distribución y cuotas de programación y (ii) era una regulación de carácter transitorio a la espera de la liberalización total de las infraestructuras exigidas por la normativa comunitaria para el 2003.

3. Mi discrepancia con esta argumentación radica en (i) la afirmación de que la regulación controvertida no afecta al contenido material del derecho a la libertad de expresión y de información y (ii) el deficiente análisis que se ha proyectado para establecer que, desde la perspectiva del artículo 20 CE, estaba constitucionalmente justificada la limitación de concesionarios.

(i) La STC 31/1994, de 31 de enero, estableció que, en un marco normativo en que se califica a la televisión como un servicio público sometido a concesión, la ausencia misma de una regulación legal de la gestión indirecta de la televisión local por cable comportaba «no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 CE, en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable. Ni la *publicatio* de la actividad de difusión televisiva permite en modo alguno eliminar los derechos de comunicar libremente el pensamiento y la información (STC 206/1990, fundamento jurídico 6; 189/1991, fundamento jurídico 3) ni, en lo que atañe a derechos fundamentales de libertad, puede el legislador negarlos por la vía de no regular el ejercicio de la actividad en que consisten, pues no es de su disponibilidad la existencia misma de los derechos garantizados *ex Constitutione*» (FJ 7).

Con esa misma lógica argumental, si en aquel caso la inexistencia de una regulación legal que posibilitara la prestación del servicio por cable llevaba a concluir que había una negación directa los derechos consagrados en el artículo 20.1 a) y c) CE; en este caso, la

existencia de una regulación legal que posibilita la prestación del servicio, pero limitando el número de concesionarios, hubiera debido llevar a concluir que necesariamente se trata de una regulación restrictiva o limitativa de esos derechos. Cuestión distinta, que abordaré después, es si esta restricción estaba constitucionalmente justificada o no por la prevalencia de otros intereses constitucionales concurrentes. Pero no me resulta aceptable la posición de la mayoría de negar la existencia misma de una incidencia de esta limitación de concesiones en el contenido material del derecho. Esa conclusión, más allá de asumir el carácter instrumental del derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión de ideas y opiniones se hace posible, lo que hace es excluirlo como contenido de los derechos a la libertad de expresión e información, contrariamente a lo que es jurisprudencia constitucional reiterada.

Por otro lado, los argumentos de que esta regulación limitativa del número de concesiones no incide en los derechos reconocidos en el artículo 20.1 a) y c) CE porque permite salvaguardar el pluralismo de los medios de comunicación social, al establecerse obligaciones de distribución y cuotas de programación y ser una regulación de carácter transitorio a la espera de la liberalización total de las infraestructuras tampoco resultan convincentes.

En primer lugar, respecto del argumento de carácter temporal, debe destacarse que el contenido material de un derecho fundamental deriva de su regulación constitucional. En ese contexto, el carácter o no transitorio de una normativa difícilmente puede aportar nada relevante sobre su capacidad para incidir o no en el contenido material del derecho que regula. Más bien al contrario, el reconocimiento de que se trata de una normativa transitoria parece tendente a justificar esa limitación o restricción en el derecho fundamental a la espera de un desarrollo normativo que lo dejara indemne. Así, no deja de llamar la atención que la posición de la mayoría reconozca no solo que resulta posible la preservación del pluralismo de los medios de comunicación y el resto de valores utilizando técnicas regulatorias menos intensas que la limitación de concesionarios públicos; sino que dicha limitación actualmente sería obsoleta y carente de justificación. Es todo un reconocimiento, por lo que ahora interesa, de la incidencia de la regulación en el contenido material de los derechos controvertidos, como lo es también, en lo que se abordará más adelante, de la carencia de justificación constitucional de esa incidencia.

En segundo lugar, las obligaciones de distribución y cuotas de programación respecto de Programadores Independientes, previstas en los artículos 10 y 11 de la Ley 42/1995, tampoco resultan suficientes para negar que esta regulación incida limitativamente en el contenido material de estos derechos. Debe recordarse que lo instrumental para el pleno ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información es, en sentido amplio, el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión de ideas y opiniones se hace posible, lo que en el caso de las telecomunicaciones por cable, lógicamente, alcanza a la propia creación o utilización de la infraestructura. Por tanto, una regulación que limita las posibilidades legales de acceder a la creación de una infraestructura y deja su utilización a merced de la necesidad de establecer pactos con terceros concesionarios en régimen de duopolio en el marco de normativas por desarrollar no puede negarse que supone una seria restricción de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20.1 a) y c) CE.

(ii) Una correcta aplicación de los criterios de ponderación entre el derecho constitucional que el órgano judicial cuestionante consideraba lesionado y los intereses o valores constitucionales que se afirma que se pretendían salvaguardar con la limitación normativa de concesionarios en la prestación del servicio hubiera debido llevar a concluir que dicha limitación si bien perseguía unos fines legítimos e incluso podría ser considerada idónea no resultaba proporcionada al fin perseguido por existir otros medios menor restrictivos del derecho.

La posición de la mayoría justifica constitucionalmente la regulación controvertida, desde la perspectiva de su incidencia en los derechos a la libertad de expresión e información, limitándose a identificar los valores o intereses constitucionales concurrentes que habían llevado al legislador a optar por una determinada regulación normativa. A

esos efectos, como ya se ha expuesto, se considera debidamente justificada esta regulación limitadora de concesionarios atendiendo a su vocación de ser un elemento incipiente de liberalización de las infraestructuras y por razones económicas de permitir su viabilidad. La identificación de estos fines es sólo una parte del análisis constitucional que es obligado realizar por este Tribunal cuando se alega la restricción desproporcionada de un derecho fundamental. Junto a él hubiera sido necesario analizar si la restricción resultaba idónea para la consecución de esos fines y si, además, era proporcionada en sentido estricto, en el sentido de que no existían otros medios menos incisivos o restrictivos para la consecución de esos objetivos. En el análisis de este último aspecto relativo a la falta de proporcionalidad en sentido estricto de la normativa cuestionada es donde encuentro las razones por las que considero que se debería haber estimado el cuestionamiento del artículo 6.1 de la Ley 42/1995.

La eventual existencia de una normativa comunitaria exigiendo un horizonte temporal para la liberalización del sector no imponía, ni siquiera en el contexto normativo en que surge la Ley 42/1995 de ausencia de una regulación de las telecomunicaciones por cable, una limitación numérica de concesionarios. El control de la transición hacia un sistema de liberalización puede ser considerado un fin legítimo y, en ese contexto, no puede tacharse de falta de razonabilidad que se optara por declarar el carácter público de este servicio y, por tanto, su sometimiento a régimen de concesión. Sin embargo, partiendo de que la regulación de las telecomunicaciones por cable no responde a la necesidad de gestionar un bien escaso como sucede en las telecomunicaciones por ondas, la drástica limitación de concesionarios que se imponía en el artículo 6.1 de la Ley 42/1995 y, con ello, la restricción a las posibilidades de acceso a la creación de medios materiales para la difusión de ideas y pensamientos, no puede considerarse que resultara estrictamente necesaria ni que fuera el medio menos lesivo para el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20.1 a) y c) CE.

Igualmente, las consideraciones que se vierten en la posición mayoritaria sobre las razones de viabilidad económica de las inversiones y de calidad del servicio como justificativas de la necesidad de limitar el número de concesionarios tampoco resultan convincentes. En ese aspecto hay que dar la razón al órgano judicial cuando en el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad afirma que «la solvencia económica y técnica, o la garantía de prestación del servicio a los usuarios podría requerir la acreditación de determinados requisitos de capacidad económica o técnica a los interesados –como se exigen en otras actividades económicas–, pero difícilmente un número tasado de concesiones». En efecto, nuevamente estas razones de económicas y de calidad del servicio son las que, en su caso, justifican la idoneidad de que se declarara este servicio de carácter público y sometido a concesión. Sin embargo, una vez que la viabilidad económica y la calidad del servicio pudieran quedar controladas a través de los pliegos de condiciones de la concesión, el establecimiento legal de un duopolio en el artículo 6.1 de la Ley 42/1995 no resultaba el medio menos lesivo para el ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20.1 a) y c) CE, ya que excluía del derecho de acceso a la creación de medios materiales para la difusión de ideas y pensamientos a quienes, aun habiendo podido demostrar la viabilidad económica y técnica de su proyecto en el concurso de la concesión, quedaban fuera de esa posibilidad por una mera limitación en el número de concesiones.

Madrid, a ocho de mayo de dos mil catorce.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.