

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**18745** *Pleno. Sentencia 89/2023, de 18 de julio de 2023. Recurso de amparo 140-2021. Promovido por la mercantil Soninorte Producciones, SL, respecto de las resoluciones de la Consejería de Administración Pública y Hacienda de La Rioja que rechazaron su solicitud de convocatoria de concurso público para la adjudicación de licencias disponibles de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrestre de ámbito local. Supuesta vulneración del derecho a la igualdad y de las libertades de expresión e información: resolución administrativa que no resulta desproporcionada y que viene impuesta por la inexistencia de reserva de dominio público radioeléctrico. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2023:89

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, don Juan Carlos Campo Moreno y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo número 140-2021, promovido por la mercantil Soninorte Producciones, SL, representada por la procuradora de los tribunales doña Isabel Covadonga Juliá Corujo y asistida por el abogado don Jaime Rodríguez Díez, contra la resolución núm. 962, de 24 de julio de 2018, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda de La Rioja, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la desestimación presunta de la solicitud de convocatoria de concurso público para la adjudicación de licencias disponibles de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrestre de ámbito local en la Comunidad Autónoma de La Rioja. Ha comparecido la Comunidad Autónoma de La Rioja y ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el magistrado don César Tolosa Tribiño.

**I. Antecedentes**

1. El 11 de enero de 2021 tuvo entrada en el registro general de este tribunal un escrito presentado por la procuradora de los tribunales doña Isabel Covadonga Juliá Corujo, actuando en nombre y representación de la mercantil Soninorte Producciones, SL, y bajo la dirección letrada del abogado don Jaime Rodríguez Díez, mediante el que interpuso recurso de amparo contra las resoluciones administrativas que se mencionan en el encabezamiento.

2. Los hechos en que se funda la demanda de amparo son los siguientes:

a) La mercantil demandante de amparo, constituida por tiempo indefinido en escritura otorgada el día 20 de febrero de 2007, solicitó el 16 de febrero de 2018 la

convocatoria del correspondiente concurso de licencias audiovisuales de radiodifusión sonora digital terrenal «disponibles conforme al artículo 27 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo», general de la comunicación audiovisual (LGCA), integradas en los tres bloques de frecuencias de la Comunidad Autónoma de La Rioja, con denominación Logroño, Calahorra y Haro y con diferentes ámbitos de cobertura.

Señala que mediante orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 15 de octubre de 2001 se aprobó la planificación del bloque de frecuencias destinados a la radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, correspondiente al plan técnico nacional de la radiodifusión sonora digital terrenal (en adelante, plan técnico nacional). En el anexo de la orden, se establecieron tres bloques de frecuencias para ser objeto de adjudicación por la Comunidad Autónoma de La Rioja, con arreglo a la relación de localidades prioritarias presentadas por dicha Comunidad Autónoma en cumplimiento de la previsión de la disposición adicional primera, apartado 6, del Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, que aprobó el plan técnico nacional.

Con la aprobación de la LGCA, la prestación de servicios de comunicación requiere, cuando se preste mediante ondas hertzianas terrestres, la obtención de licencia otorgada a través de concurso público conforme al art. 27 LGCA. Pero la Comunidad Autónoma de La Rioja no ha convocado el concurso público de licencias audiovisuales de radiodifusión sonora digital terrenal. Y afirma que «como consecuencia de la falta de convocatoria de concurso público, las licencias audiovisuales de radiodifusión sonora digital terrenal (DAB)» correspondientes a los bloques de frecuencia asignados a La Rioja «se encuentran disponibles para ser objeto de otorgamiento por medio de la convocatoria del preceptivo concurso público». Entiende que resulta aplicable el art. 7.1 del Decreto del Gobierno de La Rioja 64/2012, de 9 de noviembre, y por ello es la Consejería, con competencia en materia de telecomunicaciones, la que otorga mediante concurso público, convocado de oficio o a instancia de los interesados. Se trata de una potestad reglada justificada por la limitación natural del espacio radioeléctrico público.

Termina afirmando que «ante este marco normativo y de la realidad expuesta, en ejercicio de las competencias atribuidas; en defensa del derecho fundamental de los ciudadanos a la libertad de comunicación, que garantizan los apartados a) y d) del artículo 20.1 de la Constitución Española, de acuerdo con lo recogido en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional (31/1994, 98/1994, 240/1994, 281/1994 y 307/1994); en defensa de lo que es el propio interés público y con el propósito claro de dar una mayor seguridad jurídica y amparo legal a los operadores de este sector, se debe atender las pretensiones esgrimidas en la presente solicitud».

b) Mediante escrito registrado el 29 de junio de 2018, la mercantil recurrente en amparo interpuso recurso de alzada frente a la desestimación presunta de la anterior solicitud.

En su recurso reiteró la normativa aplicable, que ya citaba en su solicitud inicial: (i) el Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, que aprobó el plan técnico nacional de la radiodifusión sonora digital terrenal; (ii) la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 15 de octubre de 2001, que aprobó la planificación de bloques de frecuencias destinados a la radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, correspondiente al plan técnico nacional y (iii) la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual.

Añade que por Acuerdo del Consejo de ministros de 10 de junio de 2011 se aprobó el plan técnico de digitalización integral del servicio de radiodifusión sonora terrestre (en adelante, plan técnico de digitalización integral), a que hace referencia la disposición transitoria decimoquinta LGCA. Considera que, con la aprobación de dicho plan técnico de digitalización integral, la administración no puede denegar la convocatoria de concursos de licencias, pues «al margen de infringir la LGCA, está contribuyendo a bloquear el desarrollo de la radio digital en La Rioja». Entiende que el plan técnico de digitalización integral no choca con el plan técnico nacional, que no ha sido derogado, por lo que no se puede esgrimir la disposición transitoria decimoquinta LGCA para rechazar la solicitud de la convocatoria.

Con cita de los apartados 2 y 5 del art. 27 LGCA, indica que en este último apartado «se fija el deber de convocar el concurso público de las licencias audiovisuales que hayan quedado vacantes». Y a nadie se le escapa que «la administración tiene el deber de sacar a concurso las licencias vacantes por no haber sido convocado el concurso público, tras la petición, en el plazo concreto de tres meses. Y ha decidido incumplirlo. A pesar de ello, el Gobierno de La Rioja tuvo la oportunidad de cumplir el deber de convocar las licencias disponibles atendiendo a la solicitud formulada por mi representada».

Añade que el art. 19.4 LGCA, junto con el art. 27 LGCA, prevé la figura jurídica de la convocatoria de concurso público para la adjudicación de las «licencias que han quedado sin otorgar, disponibles y/o vacantes, que regula la necesidad de otorgar nuevamente [...] aquellas licencias audiovisuales disponibles, como es el caso de las señaladas anteriormente».

Considera que la no convocatoria, además de infringir la LGCA y bloquear el desarrollo de la radio digital en la Comunidad Autónoma de La Rioja, infringe el derecho a la libertad de las comunicaciones del artículo 20.1.a) y d) CE, bloquearía la entrada de nuevos competidores para crear medios de comunicación social, e impediría el ejercicio del derecho a la libertad de empresa del art. 38 CE, puesto que se condenaría a una entidad a no poder desarrollar la finalidad para la que fue creada.

c) Mediante resolución núm. 962, de 24 de julio de 2018, firmada por el consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja, se desestimó el recurso de alzada interpuesto.

Expone, tras afirmar la competencia para resolver la solicitud de convocatoria de licencias de comunicación audiovisual, que el plan técnico nacional fue aprobado por Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, modificado por Real Decreto 776/2006, de 23 de junio, y desarrollado por la Orden del Ministerio de Fomento de 23 de julio de 1999, por la que se aprueba el reglamento técnico y de prestación del servicio de radiodifusión sonora digital terrenal, y por la Orden del mismo ministerio de 24 de agosto de 1999, por la que se establecen las localidades a cubrir en las fases de introducción de la radiodifusión sonora digital terrenal y se aprueban las fases para la implantación del servicio y porcentajes de cobertura de la población de cada ámbito territorial, todo ello de conformidad con las competencias atribuidas por el art. 149.1.21 CE y el art. 62 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de telecomunicaciones, desarrollada por Orden del Ministerio de Fomento de 9 de marzo de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de desarrollo en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, por las que la elaboración y aprobación de los planes de utilización del espectro radioeléctrico corresponden al Estado.

Indica que el art. 3.2 del Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, establece que, con el objetivo de satisfacer las necesidades de cobertura de ámbito local presentadas por las comunidades autónomas, se determinarán por orden del Ministerio de Fomento los bloques de frecuencias destinados a esta modalidad de cobertura. A tal efecto, mediante Orden de 15 de octubre de 2001, del secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, se establecieron los bloques de frecuencias destinadas a la radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, correspondientes al plan técnico nacional.

Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, y en cumplimiento de lo establecido en su disposición transitoria decimoquinta, se aprobó el plan técnico de digitalización integral mediante Real Decreto 802/2011, de 10 de junio, por el que se modifica el plan técnico nacional, aprobado por el Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio.

En la resolución se argumenta que no es de aplicación el apartado quinto del art. 27 LGCA, pues las licencias que pretende el recurrente que se incluyan en la convocatoria del concurso público solicitado, no pueden entenderse que se trate de vencimiento de licencias que hayan sido previamente otorgadas, pues la administración hasta la fecha

no ha convocado ningún concurso público para el otorgamiento de las licencias de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrestre.

Afirma que el art. 7.1 del Decreto del Gobierno de La Rioja 64/2012, de 9 de noviembre, que alega el recurrente y del que resulta que se convocará el concurso para el otorgamiento de las licencias correspondientes a todas las frecuencias o múltiples digitales asignados en el plan técnico nacional a la comunidad autónoma que se encuentren disponibles, debe ser interpretado de manera que no entre en contradicción con lo establecido en la normativa básica estatal. Y en tal sentido, el art. 27.4 LGCA, establece que, transcurridos como máximo seis meses desde que se haya planificado una reserva de dominio público radioeléctrico sin que la administración competente haya solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión, o determinado su destinación al servicio de comunicación de interés general, cualquier interesado podrá proponer convocar el correspondiente concurso.

Certifica que hasta la fecha de presentación de la inicial solicitud de convocatoria de concurso no ha sido presentada ante la administración ninguna solicitud de convocatoria de concurso público para el otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrestre. Conforme a lo dispuesto en el art. 27.4 LGCA, transcurridos doce meses desde que se haya planificado una reserva de dominio público radioeléctrico sin que la administración competente haya solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión o convocado el correspondiente concurso, y sin que ningún interesado haya instado dicha convocatoria, dicha reserva decaerá y se excluirá automáticamente de la planificación radioeléctrica.

Por tanto, debido a que no ha sido instada en plazo por los posibles interesados ninguna convocatoria del correspondiente concurso público y que «esta administración, resultando competente para ello, tampoco ha procedido a convocarlo, la reserva de dominio público radioeléctrico correspondiente a los bloques de frecuencias destinados a radio digital de ámbito local en régimen de gestión indirecta, ha decaído y quedado excluida automáticamente de la planificación radioeléctrica, sin que sea necesaria por lo tanto ninguna declaración adicional de tal extremo por parte de la autoridad estatal competente. Efectivamente tal y como dispone el art. 60.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público cuya titularidad y administración corresponden al Estado y la inexistencia de la necesaria reserva de dominio público radioeléctrico inhabilita legalmente a esta administración para poder convocar dentro de su ámbito competencial concursos de otorgamiento de licencias audiovisuales de radiodifusión sonora digital terrestre».

d) El 3 de octubre de 2018, la mercantil recurrente en amparo formalizó la demanda contencioso-administrativa contra la anterior resolución.

El recurrente recoge nuevamente el marco normativo ya expuesto en su solicitud y recurso administrativo que es completado con la cita de preceptos del Decreto autonómico 64/2012, de 9 de noviembre, que regula los servicios de comunicación audiovisual y el registro de prestadores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja, a través del cual se adaptó el ordenamiento a la LGCA promoviendo el clima de liberalización del sector audiovisual.

Examina la dualidad del actual escenario mediante el sistema de comunicación previa-licencia, donde la potestad de la administración tiene carácter reglado, dado que la autoridad se limita a la comprobación jurídico-objetiva del cumplimiento de las exigencias de la convocatoria, razón por la que «la convocatoria del concurso público de licencias audiovisuales deba de iniciarse en el momento en que se verifica el cumplimiento de los requisitos para ello, algo que ha acontecido como se demuestra en la presente demanda».

Afirma –con sustento en el art. 27.2 LGCA y cita de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 11 de diciembre de 2017 y de la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 14 de Barcelona de 19 de marzo de 2018– que el «deber de convocar los concursos de licencias audiovisuales se impone a la administración en virtud de la obligación de sacar

a convocatoria todas las licencias audiovisuales disponibles y vacantes de la misma naturaleza y ámbito de cobertura». De modo que «bajo el régimen jurídico actual, no resulta sostenible la desestimación de la convocatoria de concurso de las licencias vacantes/disponibles, basada en elementos discrecionales propios del régimen anterior».

Justifica con carácter general mediante la cita de normativa estatal y autonómica que los concursos se pueden convocar a instancia de los interesados y, específicamente en los concursos para el otorgamiento de licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual, indica que la resolución convocando el concurso o denegando la convocatoria, –con cita de las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja núm. 114/2018 y 115/2018, de 4 de abril, y 127/2018, de 12 de abril– «dependerá del cumplimiento de los presupuestos exigidos en los casos previstos en el artículo 27 de la LGCA, lo que ya constituye una cuestión de fondo. El artículo 7 del Decreto 64/2012, de 9 de noviembre, dice: No obstante, en los casos previstos en el artículo 27 de la Ley general de la comunicación audiovisual, y en los plazos que esta dispone, los interesados podrán instar la convocatoria del concurso».

Sustenta la invalidez de la resolución administrativa impugnada en que la misma contradice el nuevo régimen jurídico audiovisual instaurado con la LGCA y los postulados del Decreto 64/2012, de 9 de noviembre, que regula los servicios de comunicación audiovisual y el registro de prestadores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja. En concreto se infringen los arts. 4, 22, 27 y 30.1 LGCA, el art. 7.1 del Decreto 64/2012 y los arts. 20.1.a) y d), 23 y 38 de la Constitución.

Insiste, como ya hiciera en la solicitud y en el recurso administrativo, en el deber de convocar el concurso con sustento en dos de los apartados del art. 27 LGCA, los apartados segundo y quinto, y también en la sentencia núm. 1011/2017, de 11 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que se refiere a la obligación de convocar el concurso para la «adjudicación de vacantes» y de diversas sentencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo de Barcelona, así como de los tribunales superiores de justicia de Madrid (sentencias núm. 223/2018, de 24 de abril, y 280/2018, de 31 de mayo), Castilla y León (sentencia núm. 518/2018, de 29 de mayo) y Extremadura (sentencias núm. 257/2018, de 19 de junio; 264/2018, de 21 de junio; 296/2018, de 10 de julio, y 300/2018 y 301/2018, de 12 de julio), reproduciendo en este caso, parte de su fundamento jurídico segundo por el que se proyectaría el deber de convocar «siempre que existan licencias disponibles sin matización alguna en cuanto a los motivos respecto de la licencia que así se encuentre». Relaciona también en favor de la existencia de ese deber las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (núm. 453/2017, de 1 de diciembre, y 445/2017, de 24 de noviembre) y de Galicia (núm. 453/2017, de 2 de noviembre).

Reitera el contenido del art. 27.2 y 5 LGCA, e insiste en que no adjudicar licencias disponibles infringe el art. 4 LGCA y perjudica el interés general, bloquea la entrada de nuevos competidores y vulnera, además del art. 20.1.a) y d) CE, el derecho a participar en la vida pública y social (art. 23 CE) y el derecho a la libertad de empresa (art. 38 CE), pues se bloquea el derecho al acceso de las licencias para crear medios de comunicación social y se condena a una entidad a no poder desarrollar la finalidad para la que fue creada: ser un medio de comunicación para garantizar el pluralismo informativo.

Indica que en supuestos idénticos todas las comunidades autónomas han convocado los concursos públicos de licencias audiovisuales disponibles (Galicia, Cantabria, Navarra, Aragón, Extremadura), sin que la falta de convocatoria de concurso público haya sido un inconveniente para ello.

e) Por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de La Rioja, de 16 de mayo de 2019, se estimó el recurso interpuesto frente a la resolución núm. 962, de 24 de julio de 2018, del consejero de Administración Pública y Hacienda.

La sentencia esencialmente considera que la previsión del apartado 4 del artículo 27 LGCA, en cuanto al efecto del decaimiento de la reserva de dominio público radioeléctrico afecta a las planificaciones de reserva que se hayan efectuado a partir de la entrada en vigor de la LGCA, pero no a planificaciones anteriores, como es el caso de la reserva de dominio público radioeléctrico para la Comunidad Autónoma de La Rioja que fue realizada antes en el año 2001, esto es, antes del 1 de mayo de 2010 en que entró en vigor la LGCA. De modo que la falta de convocatoria de procedimientos para el otorgamiento de títulos habilitantes para la gestión de televisiones locales da lugar a la existencia de licencias disponibles que deben ofrecerse de forma simultánea. Argumenta que la pasividad de la administración demandada no puede motivar la desestimación de la solicitud deducida por la recurrente.

f) Frente a dicha sentencia la letrada de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en la representación que ostenta, preparó el recurso de casación, que fue admitido a trámite por auto de 6 de marzo de 2020 declarando que la cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consistente en interpretar el artículo 27.2 y 4 LGCA en relación con el resto de preceptos denunciados como infringidos en el escrito de preparación a fin de determinar si, con arreglo a tales normas, cabe exigir a la administración la convocatoria de concursos para la adjudicación de licencias para la prestación del servicio audiovisual de radio local digital terrestre cuando la administración no haya solicitado la afectación de reserva de dominio público radioeléctrico ni se haya solicitado su convocatoria por algún interesado dentro de los plazos establecidos por el citado artículo 27.4 LGCA.

g) La representación de Soninorte Producciones, SL, presentó el 20 de julio de 2020 su escrito de oposición al recurso de casación. En él afirma que la LGCA, y en concreto la previsión del art. 27.4 LGCA, no puede aplicarse a los planes anteriores a su entrada en vigor (Real Decreto 1287/1999 y orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 15 de octubre de 2001), en virtud del principio de irretroactividad de las leyes. Añade que la interpretación de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja es compatible con la normativa europea y en concreto con la Directiva 2018/1972, de 11 de diciembre. Insiste en el carácter reglado de la facultad de convocatoria y otorgamiento de licencias y que la subsistencia del deber de convocatoria ha sido aceptada por diversas comunidades autónomas.

h) Por sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2020, se estimó el recurso de casación.

La sentencia, atendiendo al interés casacional advertido en el auto de admisión a trámite del recurso de casación, expone la existencia de dos criterios jurisdiccionales distintos entre los diferentes tribunales superiores de justicia y distingue el caso que se le plantea, relativo a las circunstancias de aplicación y a los efectos de los plazos prevenidos en el artículo 27.4 LGCA puedan tener sobre los planes técnicos y sobre la cobertura de las licencias vacantes, de otros examinados por el propio tribunal.

Razona que la disponibilidad para las administraciones públicas, los ciudadanos y medios de comunicación del espectro radioeléctrico libre, es consecuencia, en principio, de las libertades constitucionales de expresión e información, pero tal disponibilidad no es absoluta al estar condicionada por razones técnicas, compromisos internacionales y la regulación nacional, entre la que destaca, por su relevancia para el presente caso, la planificación técnica del espacio radioeléctrico. Por lo que, salvo que la regulación vigente incurra en inconstitucionalidad, por su carácter injustificadamente restrictivo o arbitrario, hay que estar a lo establecido por ella. Nada hay en el art. 27 LGCA que pueda considerarse irrazonable o indebidamente restrictivo. Es una regulación que trata de que no quede congelada la planificación del espacio radioeléctrico, de tal forma que una vez aprobada una planificación el no aprovechamiento de espacios reservados al dominio público radioeléctrico para servicios de radiodifusión hace decaer dicha reserva, tal como se prevé en el apartado 4 del artículo 27 de la Ley.

Advierte que su regulación «es clara y taxativa y cuenta con una fundamentación razonable: si la reserva planificada para el servicio público de radio y televisión no se ha

afectado o empleado en dicha actividad en los plazos antedichos, debe quedar libre para cualquier otra necesidad o dedicación del espacio radioeléctrico. Debe rechazarse la idea de que la interpretación del artículo 27 LGCA en los términos vistos supondría dejar el ejercicio de una potestad estatal (la planificación del espacio radioeléctrico) al arbitrio de comunidades autónomas o particulares. En efecto, el argumento es insostenible por cuanto es la propia Ley la que establece tales plazos para el aprovechamiento de la reserva prevista en la planificación. La planificación estatal pierde eficacia en la parte que examinamos por imperativo legal, no por la desidia o voluntad de las administraciones públicas o de los particulares. Y, en último término, el Estado siempre puede volver a reservar el espacio radioeléctrico para la misma actividad con una nueva planificación o una modificación de la existente».

Tampoco puede considerarse que la aplicación del art. 27.4 LGCA incurre en prohibición de irretroactividad porque se proyecte sobre una planificación técnica aprobada con anterioridad a la entrada en vigor de la LGCA, en cuanto que no puede hablarse de que la aplicación de la LGCA suponga la afeción de derechos adquiridos o situaciones consolidadas. Y, porque tras la entrada en vigor de la Ley han transcurrido sobradamente los plazos estipulados en el artículo 27.4 de la misma.

Finalmente indica que «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.4 de la Ley general de comunicación audiovisual, el transcurso de los plazos estipulados en dicho precepto tras la aprobación de un plan técnico nacional de un servicio de radio o televisión, sin que la administración haya solicitado la afectación al servicio público de radio o televisión de que se trate de la reserva de dominio prevista en el citado plan o se haya convocado concurso para el otorgamiento de licencias, y sin que ningún interesado haya solicitado dicha convocatoria, la reserva de dominio decaerá y será excluida de la planificación. En consecuencia y dados tales presupuestos, la administración no estaría ya obligada a la convocatoria de concurso a solicitud de cualquier interesado hasta que se efectúe una nueva reserva de dominio y se produzca la correspondiente afectación al servicio público de radio o televisión».

3. La mercantil recurrente invoca en su demanda de amparo la vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de información, comunicación y expresión [art. 20.1.a) y d)], en relación con el art. 14 CE, y el derecho a la igualdad (art. 14 CE) y solicita que se declaren vulnerados tales derechos, se le restablezca en la integridad de estos y se declare la nulidad de la resolución núm. 962, de 24 de julio de 2018, de la Consejería de Administración Pública y Hacienda, a fin de que dicte otra respetuosa con los derechos invocados.

Desarrolla su argumentación mediante las alegaciones que se resumen a continuación:

a) Afirma que la ausencia de convocatoria de concurso público por parte del Gobierno de La Rioja ha impedido la obtención de licencias «a pesar de su disponibilidad», lo que ha imposibilitado el ejercicio de los derechos fundamentales [art. 20.1.a) y d) CE] con evidente desigualdad con referencia a las demás comunidades autónomas. Entiende que ha sido la inacción de la administración pública la causante de que no se haya aprovechado el espectro que el Estado ha otorgado a la comunidad autónoma, lo que invalida el acto recurrido por ser contrario a los derechos invocados. Considera que «la interpretación prevalente» de los derechos invocados impide el incumplimiento del deber de convocatoria que se le impone a la administración, al tratarse de una potestad reglada, que no se puede «eclipsar por meros formalismos como es el transcurso de un plazo» del que únicamente es responsable la propia administración y que afecta al pluralismo de medios y a las libertades de comunicación. Afirma que otras comunidades autónomas han procedido a efectuar los concursos de licencias más allá del plazo establecido. Afirma que con dicha resolución se infringe la prevalencia de la libertad de información en la proyección que dada por la Directiva 2018/1972, de 11 de diciembre, donde se recoge el Código europeo de las

comunicaciones electrónicas que proyecta la necesidad de usar el espectro radioeléctrico para evitar su pérdida o la imposición de sanciones.

Sostiene que existe una patente contradicción entre las sentencias del Tribunal Supremo al diferenciar incorrectamente entre licencias de televisión digital y licencias de radiodifusión digital para la protección de los derechos fundamentales.

Añade que la negativa a conceder una licencia de radiodifusión infringe el artículo 10, apartado 1, del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y cita las SSTEDH de 20 de octubre de 1997, asunto *Radio ABC c. Austria*; 23 de noviembre de 1999, asunto *Leveque c. Francia*; de 7 de noviembre de 2000, asunto *United Christian Broadcasters Ltd. c. Reino Unido*; de 11 de octubre de 2007, asunto *Glas Nadejda EOOD y Elenkov c. Bulgaria*; de 17 de junio de 2008, asunto *Meltex Ltd y Movsessian c. Armenia*, así como el dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 27 de octubre de 2016, en el caso *Azagade c. Azerbaiyán*.

Refiere que el art. 27.4 LGCA es una disposición restrictiva de derechos individuales, en el sentido del referido artículo 9.3 CE al tratarse de una retroactividad auténtica prohibida por la Constitución, atendida la importancia cuantitativa y cualitativa de la modificación.

Finalmente indica que la interpretación que efectúa el Tribunal Supremo supondría que las bases de todas aquellas convocatorias en las distintas comunidades autónomas que estuvieran en una situación como la descrita, serían impugnables, habida cuenta de que el espectro concedido a los interesados había decaído y se encontraba excluido de manera automática.

b) En segundo lugar, considera vulnerado el derecho a la igualdad (art. 14 CE), al haberse convocado en otras comunidades autónomas concursos públicos de licencias de comunicación audiovisual. Afirma que el artículo 27.4 LGCA, al tener la consideración de normativa básica, debe aplicarse de forma similar en todo el territorio estatal y la dispar interpretación efectuada por las distintas comunidades autónomas, a juicio de la entidad recurrente, lesiona el art. 14 CE.

4. Por providencia de 24 de octubre de 2022, la Sección Tercera del Tribunal Constitucional acordó admitir a trámite la demanda de amparo, al apreciar que concurría en la misma una especial trascendencia constitucional [art. 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC)] porque el recurso podía dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2.b)] y el asunto suscitado trascendía del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2.g)]. Asimismo, acordó dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 51 LOTIC y formar la correspondiente pieza separada de suspensión, que fue concluida por ATC 158/2022, de 28 de noviembre, en el que se acordó denegar la suspensión cautelar solicitada.

5. Por diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sección Tercera de este tribunal de 7 de diciembre de 2022 se tuvo por personado y parte en representación de la Comunidad Autónoma de La Rioja al procurador de los tribunales don Jorge Miguel Deleito García. Y, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 LOTIC, se dio vista de las actuaciones, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

6. La Comunidad Autónoma de La Rioja, con la referida representación y asistida de la letrada doña María Esther Martínez Aguirre, presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el 9 de enero de 2023, en el que no aprecia que se hayan vulnerado los derechos invocados en la demanda de amparo.

Inicia sus alegaciones poniendo de manifiesto que la entidad recurrente desde su inicial solicitud hasta el recurso de amparo parte de un mismo presupuesto de hecho: la existencia de licencias disponibles en la Comunidad Autónoma de La Rioja, respecto de

las que exige la convocatoria de concurso. Pero dicha premisa es errónea, pues no existen licencias disponibles, motivo por el cual no es factible convocar un concurso sobre las mismas.

Define el marco normativo en el que se encuadra la controversia y a tal fin trae a colación el art. 27 LGCA y la disposición final sexta de la misma Ley, así como el art. 7 del Decreto del Gobierno de La Rioja 64/2012, de 9 de noviembre, el Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, que aprueba el plan técnico nacional de la radiodifusión sonora digital terrenal, y posteriormente la orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 15 de octubre de 2001 aprobó la planificación de bloques de frecuencias de radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, por la que se asignan a La Rioja tres bloques de frecuencias, así como finalmente, la resolución de 13 de julio de 2011 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, por la que se publica el acuerdo de Consejo de ministros de 10 de junio de 2011 por el que se aprueba el plan de digitalización del servicio de radiodifusión sonora terrestre y el Real Decreto 802/2011, de 10 de junio, que modifica el artículo 7 del plan técnico nacional de radiodifusión sonora digital terrestre y establece una reducción de las obligaciones de cobertura que se habían definido en el plan técnico inicial.

Conforme al art. 27.4 LGCA, al no convocarse concurso alguno, *ex lege*, la reserva de dominio público radioeléctrico ha decaído, recuperándola el Estado, quedando excluida automáticamente de la planificación radioeléctrica, no existiendo espacio físico en el que proyectar la licencia cuyo concurso se reclama. La actora y otras empresas audiovisuales no promovieron en plazo la convocatoria del concurso, haciéndolo una vez finalizada la reserva. Tampoco al no convocarse concurso alguno han podido existir licencias vacantes. No existe por tanto ni licencia disponible, ni vacante, ni vencida, ni espacio de radiodifusión disponible.

Con apoyo en la cita de las SSTC 8/2016, de 21 de enero, y 78/2017, de 22 de junio, afirma la competencia exclusiva del Estado, *ex artículo* 149.1.21 CE, que incluye la planificación y control del espectro radioeléctrico a través de sus instrumentos de planificación (incluyendo cuadro nacional de atribución de frecuencias o planes técnicos nacionales de radiodifusión sonora y de televisión) sobre cuya base el Gobierno estatal delimita y establece las bandas, canales o frecuencias que se reservan a las administraciones públicas (o entes públicos de ellas dependientes) o a los particulares, garantizando así una concepción unitaria de la utilización y planificación del espectro radioeléctrico.

El considerando 122 de la Directiva 2018/1972, de 11 de diciembre, por la que se establece el Código europeo de las comunicaciones electrónicas, acoge la cláusula en relación con los derechos del espacio radioeléctrico de que «se usan o se pierden», por lo que la actuación de la administración, avalada por la sentencia del Tribunal Supremo, es conforme con la Directiva citada. Pues dicho espacio no puede estar reservado *sine die* sin ocupación y destino efectivo, evitándose de este modo la creación de barreras de entrada en el mercado mediante el acaparamiento anticompetitivo –considerando núm. 122 de la Directiva–. Pues habida cuenta que «el espectro radioeléctrico es un bien público que tiene un valor social, cultural y económico importante, los Estados miembros velarán por la gestión eficaz del espectro radioeléctrico para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en su territorio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4» (art. 45 de la Directiva 2018/1972, de 11 de diciembre).

No existe contradicción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues las SSTS 1/2020, de 9 de enero, y 10/2020, de 14 de enero, parten de la premisa de la existencia de licencias vacantes, presupuesto que no concurre en la sentencia cuestionada.

Tampoco puede apreciarse la quiebra del principio de irretroactividad al no afectarse a derechos adquiridos y consolidados (SSTC 51/2018, de 10 de mayo, y 9/2019, de 17 de enero), pues no existen licencias integradas en el acervo del recurrente. Este solicita el concurso, transcurridos más de ocho años desde que entró en vigor la LGCA. Se trata,

por tanto, de una retroactividad impropia, constitucionalmente admitida (SSTC 30/2016, de 18 de febrero, y 29/2018, de 8 de marzo).

Considera que el principio de igualdad (art. 14 CE) tampoco ha sufrido menoscabo, pues no existe término válido de comparación con otras comunidades autónomas (Extremadura, Navarra, Madrid, Galicia, Castilla la Mancha, Castilla y León, Aragón) que han sacado a concurso licencias disponibles correspondientes al servicio de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrenal, pues en la Comunidad Autónoma de La Rioja no existían licencias disponibles, constatándose esa indisponibilidad también en la Comunidad Autónoma de Asturias.

Finalmente descarta que la actuación del consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja haya vulnerado el art. 20 CE, pues se ha ajustado en el ejercicio de una potestad reglada a los parámetros normativos existentes, debiendo ajustarse el ejercicio de tales derechos, no obstante su importancia, a determinados límites técnicos que quedan dentro de la competencia del Estado quien habrá de regular el soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven –las ondas radioeléctricas, hertzianas o electromagnéticas–. Dicho dominio es susceptible de distintos usos para otros tipos de comunicaciones que se efectúan también mediante ondas radioeléctricas y distintas de la radiodifusión. Esa es la razón por la cual es menester una ordenación unitaria del problema mediante la asignación de frecuencias y potencias para cada uno de los usos, en cumplimiento de la disciplina internacional del tema, así como la previsión de otros problemas como puede ser la evitación de interferencias (SSTC 5/2012, de 17 de enero, y 244/1993, de 15 de julio). Siendo conceptualmente distintos los derechos de los ciudadanos a expresarse libremente y a transmitir y recibir información veraz en radiodifusión –sustancialmente unos derechos de libertad– y los instrumentos técnicos o ámbito de la realidad social en el cual tales derechos a través de la radiodifusión se proyectan y en los cuales dichos derechos se ejercen, que reclaman –por su misma naturaleza– una detallada regulación estatal, entre otras razones para posibilitar su ejercicio en condiciones de igualdad y no interferir otros usos del dominio público radioeléctrico (STC 127/1994, de 5 de mayo).

7. La demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado en este tribunal el 24 de enero de 2021 en el que reiteraba los argumentos expuestos en el recurso.

8. El Ministerio Fiscal presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el 3 de febrero de 2023 en el que solicita la desestimación del recurso de amparo.

En primer lugar, descarta que se haya producido una vulneración del art. 14 CE, al no existir el término válido de comparación exigido para que se produzca la vulneración, pues no se han dictado las resoluciones por los mismos órganos, ni en el caso del reproche dirigido al Tribunal Supremo concurre la identidad de supuestos exigida.

Por otra parte, con cita de las SSTC 12/1982, de 31 de marzo, y 31/1994, de 31 de enero, descarta la vulneración del art. 20.1.a) y d) CE al existir una regulación normativa que establece el marco temporal de reserva del espacio radioeléctrico a los efectos de convocar los correspondientes concursos. Corresponde al legislador una mayor libertad de configuración normativa para disciplinar los soportes técnicos e instrumentos de comunicación, que la que posee al ordenar directamente los derechos fundamentales del art. 20.1 CE (SSTC 127/1994, de 5 de mayo, FFJJ 4 y 5; 329/2005, de 15 de diciembre, FFJJ 4 y 9, y 112/2006, de 5 de abril, FJ 3). De este modo las resoluciones administrativas y las sentencias que aplican la regulación establecida en este ámbito difícilmente pueden lesionar los derechos invocados.

Finalmente, considera que las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citadas no son aplicables por tratarse de decisiones de inadmisión o, en el caso de la STEDH de 20 de octubre de 1997, asunto *ABC c. Austria*, toda la actividad se subordinaba a una concesión del legislador federal que no se produjo, situación que se mantuvo durante tres periodos de tiempo, supuesto distinto al contemplado en la regulación española.

9. Por providencia de 18 de julio de 2023 se señaló ese mismo día para la deliberación y votación de la presente sentencia.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto de la demanda y posiciones de las partes.

La entidad recurrente dirige su pretensión de amparo contra las resoluciones de la Consejería de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja que denegaron la solicitud de convocatoria del correspondiente concurso de licencias de comunicación audiovisual, que a juicio de la recurrente se encontraban disponibles y vacantes –conforme al art. 27 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual (LGCA)–, correspondientes al servicio de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrenal, con cobertura local, integradas en los tres bloques de frecuencias asignadas a la Comunidad Autónoma de La Rioja.

La recurrente, según se expresa con más detalle en los antecedentes de hecho de esta resolución, imputa a las resoluciones administrativas recurridas: (i) la vulneración de los derechos de libertad de expresión e información [art. 20.1.a) y d) CE] en relación con el derecho a la igualdad (art. 14 CE), por haber incumplido el deber de convocar el concurso de licencias referido. Afirma que otras comunidades autónomas han procedido a efectuar los concursos de licencias más allá del plazo establecido en el art. 27.4 LGCA y considera que esta es una norma restrictiva de derechos individuales, en el sentido del referido artículo 9.3 CE, al establecer una retroactividad auténtica prohibida por la Constitución. Finalmente, atribuye esta vulneración también al Tribunal Supremo al que reprocha que ha contradicho sus propios pronunciamientos; y (ii) la vulneración de su derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE), pues la dispar interpretación efectuada por las distintas comunidades autónomas del art. 27.4 LGCA lesiona –a juicio de la entidad recurrente– el art. 14 CE.

Por su parte, la Comunidad Autónoma de La Rioja y el Ministerio Fiscal solicitan la desestimación de la demanda de amparo al entender que no se han vulnerado los derechos invocados por la recurrente. Razonan sustancialmente que la premisa de la que parte la demandante de amparo es errónea, pues la reserva del dominio público radioeléctrico ha decaído y no existen licencias disponibles o vacantes conforme al art. 27.4 LGCA. Niegan que exista contradicción en los pronunciamientos del Tribunal Supremo y que pueda apreciarse la quiebra del principio de irretroactividad al no afectarse a derechos adquiridos y consolidados. Finalmente consideran que el principio de igualdad tampoco ha sufrido menoscabo pues no existe término válido de comparación con otras comunidades autónomas.

### 2. Ámbito del recurso de amparo y vulneración del principio de igualdad.

#### a) Ámbito del recurso de amparo.

La mercantil recurrente en amparo, con sustento en la invocación de los arts. 20.1.a) y d) y 14 CE, introduce dos alegaciones nuevas, no contenidas en el recurso de alzada ni aducidas en el procedimiento contencioso-administrativo, que desbordan la naturaleza y el objeto del recurso de amparo.

En primer lugar, cuestiona la constitucionalidad del art. 27.4 LGCA al considerarlo una norma restrictiva de derechos individuales, en el sentido del referido art. 9.3 CE por establecer una retroactividad auténtica prohibida por la Constitución. Sin embargo, ante la administración y la jurisdicción ordinaria fundamentó su solicitud y sus recursos en que la LGCA amparaba su pretensión de convocatoria de concurso y planteó, únicamente y por vez primera en la oposición al recurso de casación, la imposibilidad de aplicación del art. 27.4 LGCA –que ni tan siquiera entonces fue cuestionado– a los planes aprobados con anterioridad a su entrada en vigor, pretensión que fue rechazada en la sentencia del Tribunal Supremo. Dicha infracción constitucional no puede ser abordada en el marco del recurso de amparo. Debe indicarse, por una parte, que la vía del recurso de amparo no

es la adecuada para la impugnación directa de las leyes (STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 4) y, por otra, que el art. 9.3 CE no consagra un derecho fundamental susceptible de recurso de amparo ex art. 53.2 CE (por todas, STC 261/2015, de 14 de diciembre, FJ 4).

En segundo lugar, cuestiona el proceder del Tribunal Supremo, a quien le reprocha que ha contradicho sus propios pronunciamientos. Pero plantea dicho reproche en la demanda de amparo sin haber interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones, por lo que no se ha dado la oportunidad al órgano judicial de repararla. Tal omisión vulnera el carácter subsidiario del recurso de amparo, impidiendo también que nos pronunciemos sobre este aspecto de la referida vulneración, al no haberse agotado por la parte recurrente el remedio procesal legalmente previsto para tratar de obtener ante la jurisdicción ordinaria la reparación de las lesiones presuntamente sufridas [art. 44.1.a) LOTC y, por todas, STC 104/2011, de 20 de junio, FJ 4].

b) Vulneración del principio de igualdad.

La mercantil demandante de amparo considera vulnerado el principio de igualdad bien en relación con la libertad de expresión e información, bien como motivo autónomo, con base en un mismo fundamento: la disparidad de criterios de interpretación y aplicación del art. 27.4 LGCA por las diferentes comunidades autónomas. Dicha queja no puede prosperar al no existir término válido de comparación. El distinto entendimiento de la norma aplicada no procede de la misma administración autonómica, sino de distintas comunidades autónomas en función de una diferente apreciación jurídica de la norma estatal aplicada que, en su caso, podrá ser corregida o confirmada en virtud de los correspondientes recursos contencioso-administrativos legalmente establecidos. En última instancia se atribuye –como es sabido– al Tribunal Supremo, la formación de jurisprudencia. Así ha sucedido en el presente caso, pues ante cuestiones que eventualmente podían ser sustancialmente iguales, existía una interpretación contradictoria de las normas de Derecho estatal en las que se fundamentaba el fallo de las distintas sentencias de los tribunales superiores de justicia (art. 86.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa).

En tal sentido, debe recordarse que la STC 49/1982, de 14 de julio, determinó la extensión del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, concretando su ámbito de aplicación con respecto a los tribunales, señalando que sirve únicamente para vincular a los propios precedentes de cada tribunal u órgano jurisdiccional. No sirve, en cambio, para conseguir una interpretación y aplicación homogénea de la Ley por todos los tribunales. Esta última es la función propia de la jurisprudencia, como doctrina reiterada del Tribunal Supremo, que viene a complementar el ordenamiento jurídico.

Así resulta del párrafo tercero del fundamento jurídico segundo de la mencionada sentencia de este tribunal: «La regla general de la igualdad ante la Ley contenida en el art. 14 de la Constitución contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la Ley o igualdad en la Ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo, pero es asimismo igualdad en la aplicación de la Ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la Ley cuando esta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que cohererarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando estos son órganos jurisdiccionales» (STC 49/1982, FJ 2).

3. La legislación sobre comunicación audiovisual y los derechos contenidos en el art. 20.1.a) y d) CE.

Una vez aclarado el objeto del recurso de amparo y descartada la vulneración del principio de igualdad, procede abordar el núcleo de la problemática constitucional que se nos plantea, esto es, si la denegación de la convocatoria de concurso por la administración autonómica con fundamento en el art. 27 LGCA es contraria a los derechos invocados. Antes de entrar a resolverla, es preciso que nos detengamos en efectuar algunas consideraciones respecto del contenido de la LGCA, para posteriormente examinar de qué modo la planificación o concesión de licencias puede alcanzar el ejercicio de los derechos previstos en el art. 20.1.a) y d) CE y así finalmente estaremos en condiciones de abordar si las resoluciones administrativas han vulnerado el derecho invocado.

A) Objetivo de la LGCA y condiciones para realizar el servicio de comunicación audiovisual.

Uno de los objetivos declarados de la Ley –que ha sido derogada por la disposición derogatoria única, apartado 1.b), de la Ley 13/2022, de 7 de julio, general de comunicación audiovisual (en adelante LGCA 2022)– es el de superar una «normativa vigente, alejada de la realidad», «una legislación audiovisual dispersa, incompleta, a veces desfasada y obsoleta, con grandes carencias para adaptarse a los tiempos». Y ello con la misión de «dar seguridad jurídica a la industria» «garantizando también, el pluralismo y la protección de los derechos ciudadanos; al mismo tiempo que se fijan unas reglas de transparencia y competencia claras en un contexto de convivencia del sector público con el privado y de liberalización de la actividad audiovisual».

La LGCA supone por tanto una importante transformación del panorama audiovisual en un sentido liberalizador, pasando de un sistema concesional a un sistema de libertad, solo limitado por razones técnicas en el caso de la utilización del espectro radioeléctrico por ondas hertzianas, o en términos más actuales por ondas electromagnéticas (art. 3 del Real Decreto 123/2017, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico).

La ley reconoce que los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio de los derechos fundamentales y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos (art. 22.1 LGCA y art. 4.1 del Decreto 64/2012, de 9 de noviembre, por el que se regulan los servicios de comunicación audiovisual y el registro de prestadores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja). La LGCA distingue los servicios de comunicación que no están condicionados por insuficiencia o escasez alguna y solo exigen una previa comunicación fehaciente (art. 22.2 LGCA) de aquellos servicios de comunicación que utilizan el espectro radioeléctrico. Este se caracteriza –aunque luego se abundará en ello– por su escasez técnica al ser limitadas –en el estado actual de la ciencia– las posibilidades de uso simultáneo de ondas electromagnéticas sin interferencias. Precisamente por ello necesitan una previa planificación establecida por el Estado y una licencia otorgada mediante concurso, que por dicha razón no podrá ser obtenida por todos aquellos que la soliciten (art. 22.3 LGCA).

La LGCA regula los concursos para la concesión de licencias de prestación de servicios audiovisuales conforme a determinados principios que la inspiran. En el art. 27 LGCA se establecen un conjunto de reglas. Nos detendremos en los apartados 2 y 5 de este precepto, que son aquellos sobre los cuales la mercantil recurrente apoyó en vía administrativa y contencioso-administrativa su pretensión. A ellos añadiremos el examen de su apartado 4, que es el que motiva la denegación de la solicitud de convocatoria del correspondiente concurso de licencias de comunicación audiovisual.

Dispone el art. 27.2 LGCA –de constante y parcial cita por la recurrente– que las licencias disponibles de la misma naturaleza e idéntico ámbito de cobertura deberán

ofrecerse de forma simultánea «y previa confirmación de existencia de espacio radioeléctrico suficiente». Por una parte, el legislador no ve razones para impedir el acceso al mercado si existe espacio radioeléctrico disponible e introduce al referirse a todas las licencias disponibles un mandato de optimización de la administración de recursos técnicamente escasos, agotando las capacidades de utilización del recurso y correlativamente facilitando la adjudicación de la mayor cantidad de autorizaciones posibles. El único límite para el acceso es la existencia de espacio radioeléctrico suficiente, esto es, el único escollo es el estado actual de la técnica en la optimización de la utilización del espectro radioeléctrico, estado que progresivamente es superado por constantes avances tecnológicos en el campo de las telecomunicaciones.

Por tanto, se parte de la exigencia de una planificación radioeléctrica esencialmente técnica condicionada por los avances tecnológicos e inspirada en principios que son de general reconocimiento, entre los que destacan, a los efectos del presente amparo, los relativos a la utilización racional, equitativa, eficaz y económica del espectro de frecuencias radioeléctricas (art. 12.1 de la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, hechos en Ginebra el 22 de diciembre de 1992) o en los términos utilizados por la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código europeo de las comunicaciones electrónicas, el uso eficiente del espectro (art. 46 de la Directiva), de modo que «para evitar la creación de barreras de entrada en el mercado [...] es preciso que los Estados miembros hagan cumplir de forma efectiva las condiciones asociadas a los derechos del espectro radioeléctrico [...]. Entre las condiciones de aplicación debe figurar el empleo de la cláusula “se usan o se pierden”» (considerando núm. 122 de la Directiva).

Y, por otra parte, el art. 27.2 LGCA excluye el racionamiento de las licencias al obligar a la administración al ofrecimiento simultáneo de todas las licencias reforzando con ello los criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios de atribución y asignación de radiofrecuencias.

Solo ante la falta de interés de los operadores y transcurridos doce meses desde que se haya planificado una reserva de dominio público radioeléctrico sin que la administración competente haya solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión, o convocado el correspondiente concurso, y sin que ningún interesado haya instado la convocatoria, dicha reserva decaerá y se excluirá automáticamente de la planificación radioeléctrica (art. 27.4 LGCA).

Finalmente, el art. 27.5 LGCA se refiere al deber de convocar concurso para la adjudicación de las licencias que hubieran vencido y quedado vacantes, que podrá instarse por cualquier interesado, precepto este en el que basaba inicialmente su pretensión la entidad recurrente.

Se advierte que la LGCA pretende asegurar el acceso al mercado de la comunicación audiovisual, pero también garantizar la permanente apertura a ese mercado. De tal modo que las licencias se conceden por un plazo de duración de quince años (art. 28.1 LGCA), con ello se garantiza la permanencia en el mercado de las empresas adjudicatarias y la viabilidad económica de su proyecto. Pero al propio tiempo, la LGCA pretende también evitar la congelación del mercado, al impedir la renovación automática en el caso de que exista un tercero que esté interesado en la concesión de la licencia para incorporarse al mercado [art. 28.3.b) LGCA] y al establecer que la vigencia de las nuevas licencias que resulten de la transformación de las concesiones anteriores también será de quince años (disposición transitoria segunda LGCA).

La licencia audiovisual se erige en el título habilitante previo y necesario para poder prestar el servicio de comunicación audiovisual, pese a que suponga una limitación o restricción al ejercicio de los derechos y libertades a la libre expresión de ideas, al derecho a comunicar y recibir información (art. 22.1 LGCA). La exigencia de título habilitante se justifica porque la actividad precisa hacer uso del espectro radioeléctrico que como hemos indicado se caracteriza por su limitación técnica, aun cuando la misma venga condicionada por los avances tecnológicos que cada vez permiten una mayor

optimización de la utilización del espectro. Tal título solo podrá otorgarse –atendida esa situación de relativa limitación técnica– de acuerdo con una planificación previa de la utilización del espectro radioeléctrico (arts. 24.2 LGCA y 5.1 del Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico) y de la «confirmación de existencia de espacio radioeléctrico suficiente». La titularidad y administración del espectro radioeléctrico le corresponde al Estado (arts. 60 de la derogada Ley 9/2014, de 9 de mayo, general de telecomunicaciones, y 85.1 de la vigente Ley 11/2022, de 28 de junio, general de telecomunicaciones), quien tiene competencia exclusiva a fin de garantizar la ordenación unitaria del dominio público radioeléctrico y así cohesión y hacer posibles los distintos usos del mismo [STC 78/2017, de 22 de junio, FJ 4.a)], esto es, establecer el marco jurídico que asegure unas condiciones armonizadas para su uso y que permita su disponibilidad y uso eficiente (art. 4.1 del Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico).

La prestación de servicios de radiodifusión sonora y de televisión por ondas terrestres necesita dos títulos habilitantes: en primer lugar, para la prestación del servicio al público precisa de un título habilitante audiovisual otorgado por el órgano del Estado o las comunidades autónomas competentes en función del ámbito de cobertura (art. 39.2 del Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico); y, en segundo lugar, se otorgará –de conformidad con lo previsto en los planes técnicos nacionales– por la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital la concesión administrativa aneja al título habilitante audiovisual, una vez recibida la comunicación del otorgamiento de este último (art. 39.2 del Reglamento). Entonces, el beneficiario podrá presentar el proyecto técnico y en su caso el estudio de emisiones radioeléctricas ante la Secretaría de Estado, quien tiene unos plazos para su aprobación, salvo que sea necesaria la coordinación internacional de frecuencias (art. 39.7 del Reglamento).

Conviene precisar en este punto que, en el caso del espectro radioeléctrico, la tarea de planificar su uso se produce de forma escalonada atendiendo a la normativa internacional, a la aplicable de la Unión Europea, a las resoluciones y recomendaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y otros organismos internacionales, en la coordinación y armonización del espectro radioeléctrico, hasta el plano puramente nacional (art. 85 de la Ley general de telecomunicaciones). En tal sentido dispone el art. 4 de la Directiva que «[l]os Estados miembros cooperarán entre sí y con la Comisión en la planificación estratégica, la coordinación y la armonización del uso del espectro radioeléctrico en la Unión conforme a las políticas de la Unión en materia de establecimiento y funcionamiento del mercado interior de comunicaciones electrónicas. Para ello, tendrán en cuenta, entre otros, los aspectos económicos, de seguridad, de salud, de interés público, de libertad de expresión, culturales, científicos, sociales y técnicos de las políticas de la Unión, así como los diversos intereses de las comunidades de usuarios del espectro radioeléctrico, con objeto de optimizar el uso del espectro radioeléctrico y evitar interferencias perjudiciales».

B) La nueva regulación de los concursos de licencias en la LGCA 2022.

Como hemos indicado, la LGCA ha sido derogada por la disposición derogatoria única, apartado 1.b), de la Ley 13/2022, de 7 de julio, general de comunicación audiovisual, publicada el día 8 de julio siguiente, que entró en vigor al día siguiente de su publicación oficial (disposición final novena), salvo en algunos de sus preceptos, secciones y de su disposición final cuarta, cuya entrada en vigor se retrasó.

La LGCA 2022 modifica y precisa la terminología utilizada en la regulación de los concursos para la concesión de licencias. En lo que ahora interesa, por su vinculación con las pretensiones de la entidad recurrente, debe indicarse que la nueva regulación suprime la exigencia de previa confirmación de espacio radioeléctrico suficiente para que puedan ofrecerse las licencias disponibles que se contenía en el art. 27.2 LGCA por la expresión «deberán ser otorgadas mediante concurso [...] en el marco de la planificación de espectro radioeléctrico realizada por el Estado» (art. 26.1 LGCA 2022). Por otra parte, sustituye el automatismo en la desaparición de la reserva de dominio público

radioeléctrico –previamente planificada– por su no uso, al que hemos aludido al referirnos al art. 27.4 LGCA, por una regulación más flexible que se recoge en el art. 26.5 LGCA 2022. En la nueva regulación la exclusión de la reserva no se produce automáticamente y se amplían los plazos para que pueda operar la misma. En efecto, además de aumentar el plazo de doce a dieciocho meses desde que se haya planificado una reserva de dominio público radioeléctrico «sin que la autoridad audiovisual competente haya solicitado su afectación al servicio público de comunicación audiovisual, o convocado el correspondiente concurso, y sin que ningún interesado haya instado dicha convocatoria», hace depender la exclusión de la reserva de que la autoridad estatal, a través de la modificación del plan técnico nacional correspondiente, dé un uso más eficaz o eficiente a ese dominio público radioeléctrico, previa audiencia, en su caso, de la comunidad autónoma afectada.

Ahora bien, dicha regulación, por razones temporales, no ha sido aplicada en la resolución de la Comunidad Autónoma de La Rioja impugnada, ni por los órganos judiciales que la han revisado y tampoco puede servir de fundamento para efectuar el enjuiciamiento del presente proceso constitucional.

C) El ejercicio de los derechos de comunicación e información reconocidos en el art. 20 CE y la adjudicación de uso del espectro radioeléctrico.

a) Doctrina constitucional sobre las libertades de expresión e información en el ámbito de la comunicación audiovisual.

Recientemente, este tribunal ha tenido ocasión de recordar la directa relación de la radiodifusión, en cuanto medio de comunicación social, con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el artículo 20 CE y referidos al derecho a comunicar y recibir información y a la libertad de expresión (STC 7/2023, de 21 de febrero, FJ 3).

El derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, «es un derecho de libertad frente al poder, común a todos los ciudadanos (por todas, STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4). Es necesario precisar que no nos encontramos solamente ante un derecho fundamental, sino ante el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político que es un valor fundamental en un Estado democrático que los poderes públicos tienen especial obligación de proteger (por todas, SSTC 20/1990, de 15 de febrero, FJ 4, y 85/1992, de 8 de junio, FJ 4). La libertad de información es un medio de formación de la opinión pública en asuntos de interés general, cuyo valor de libertad preferente sobre otros derechos fundamentales alcanza su máximo nivel cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ 10). Cabe recordar también que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia (por todas, SSTC 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 2, y 112/2006, de 5 de abril, FJ 11), la Constitución tiene en cuenta ciertamente la posición jurídica subjetiva de quienes comunican la información, pero protege, con la garantía reforzada que otorga a los derechos fundamentales y libertades públicas, la facultad de cada persona y de la entera colectividad de acceso libre al conocimiento de los hechos de relevancia, transmitido por los medios de comunicación, de modo que el derecho a recibir una información veraz es un instrumento esencial de conocimiento de los asuntos que cobran importancia en la vida colectiva y que condiciona la participación de todos en el buen funcionamiento del sistema de relaciones democráticas auspiciado por la Constitución, así como el ejercicio efectivo de otros derechos y libertades» (STC 7/2023, FJ 5).

Como se ha adelantado, la LGCA parte de la declaración de los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos, y conexos e interactivos como «servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro

del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos» (art. 22.1 LGCA); articulándose un régimen de licencia cuando se utilice el espectro radioeléctrico (arts. 22.3 y 24 a 30 LGCA) y un régimen de comunicación previa en el resto de los casos (arts. 22.2 y 23 LGCA).

b) Adjudicación de uso del espectro radioeléctrico.

En relación con el espectro radioeléctrico, la actividad de las administraciones públicas de adjudicación de recursos escasos o cuyo uso es tecnológicamente limitado, puede afectar sin duda al ejercicio de derechos y libertades constitucionalmente reconocidos. Este sería el caso de la libertad de empresa (art. 38 CE) que el recurrente invocó en el recurso de alzada y en la demanda contencioso-administrativa pero que no invoca, ni puede incorporar, en el recurso de amparo (arts. 53.2 CE y 41.1 LOTC) y también de las libertades reconocidas en el art. 20.1.a) y d) CE que sí invoca en la demanda, en tanto que la exigencias de otorgamiento de licencias habilitantes previa aprobación de los planes de utilización del dominio público radioeléctrico (art. 5 del Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico) limitan consecuentemente el número de títulos habilitantes (art. 24.2 LGCA) y el ejercicio de las referidas libertades.

El control de constitucionalidad de los límites al ejercicio de tales derechos y libertades que resulta de la planificación –limitación de licencias posibles– y exigencia de concesión de títulos habilitantes para su ejercicio sobre el espectro radioeléctrico, se articula mediante el concepto de prohibición de exceso, que comprende verificar que se persiga una finalidad constitucionalmente legítima, que se respeten determinadas exigencias derivadas del principio de proporcionalidad (por todas, STC 148/2021, de 14 de julio, FJ 3) y que no se afecte al contenido esencial del derecho o libertad.

Supuesto bien distinto, como hemos indicado, es el del régimen jurídico de los servicios de comunicación que no se prestan utilizando el espectro radioeléctrico, a los que la LGCA no somete a la previa planificación y concesión de títulos habilitantes, sino que basta la comunicación fehaciente y previa al inicio de la actividad (art. 22.1 LGCA). En efecto, al no prestarse el servicio utilizando recursos escasos o recursos de uso tecnológicamente limitado, la LGCA prescinde de la previa concesión de licencia. A esta modalidad de comunicación, distinta de la que se somete a nuestro enjuiciamiento, tuvimos ocasión de referirnos en la STC 31/1994, de 31 de enero, citada por la recurrente y que no es proyectable al caso. En efecto, en la STC 31/1994 enjuiciamos la constitucionalidad de la suspensión de las emisiones en la modalidad de televisión local por cable por carecer de licencia tales emisiones «en razón del soporte tecnológico empleado, no requiere[n] la atribución directa de frecuencias y potencias a efectos de emitir» (FJ 6) pues «dichas emisiones, dado el soporte tecnológico empleado, 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 implican, 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» (FJ 7). Es por ello, que, ante la inexistencia de legislación ordenadora de dicho medio, afirmamos que «sujetar a concesión o autorización administrativa –de imposible consecución, por demás– el ejercicio de la actividad de emisión de televisión local por cable, [...] implica el desconocimiento total o supresión del derecho fundamental a la libertad de expresión y de comunicación que garantiza el art. 20.1.a) y d) CE» (FJ 7).

c) Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Debemos afirmar que la exigencia de la concesión de títulos habilitantes –previa planificación– para el ejercicio de la libertad de expresión es compatible –pese a lo que afirma la recurrente– con el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En efecto, el establecimiento de un régimen de autorización previa se entendió plenamente acorde con el art. 10.1, tercer inciso,

CEDH, sin bien el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que era preciso determinar el alcance de su aplicación conforme al aludido criterio de proporcionalidad.

Es preciso que nos detengamos en el examen de ese alcance pues la mercantil recurrente ha aludido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para sostener que la negativa a conceder una licencia de radiodifusión infringe el artículo 10, apartado 1, CEDH.

El art. 10.1 CEDH, prescribe que «[t]oda persona tiene derecho a la libertad de expresión» que comprende «la de [...] recibir o de comunicar informaciones o ideas» sin «injerencia de autoridades públicas». Y permite someter, como hemos anticipado, en su tercer inciso a «las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado que la inserción del tercer inciso del art. 10.1 CEDH «se debió evidentemente a consideraciones técnicas o prácticas, como el reducido número de frecuencias disponibles y las importantes inversiones que exigía la construcción de los transmisores. Reflejaba también una preocupación política de varios Estados: reservar a la administración pública estatal la actividad de la radio» o para «evitar un uso anárquico de las frecuencias. [...] Esto apoya la conclusión de que el tercer párrafo del artículo 10.1 del Convenio pretende aclarar que los Estados pueden regular, por medio de un régimen de licencias, la organización de la radiodifusión en su territorio, en particular en sus aspectos técnicos. Sin embargo, las autorizaciones quedan sujetas a los requisitos del apartado 2, pues en otro caso se llegaría a un resultado opuesto al objeto y a la finalidad del artículo 10 considerado en su conjunto». En definitiva, «la injerencia concordaba con el tercer párrafo del apartado 1 del artículo 10; y falta resolver si cumplía también las condiciones del apartado 2; es decir, si estaba “prevista por la ley”, si perseguía una o varias de las finalidades legítimas y si era “necesaria, en una sociedad democrática”, para conseguirlas» (STEDH de 28 de marzo de 1990, asunto *Groppera Radio AG y otros c. Suiza*, § 60, 61 y 64).

Por tanto, el sometimiento a autorización previa de la actividad es compatible con el CEDH, pero no permite entender que se atribuya al Estado un poder omnímodo sobre los concesionarios, en tanto que la actuación de la administración debe estar al servicio del pluralismo y de las libertades. El régimen de autorización previa solamente se podrá entender justificado por concurrir restricciones técnicas o de otro tipo que lo hicieran necesario.

d) Derecho a la creación de medios de comunicación y su carácter instrumental y limitaciones.

Tempranamente, en relación con el contenido y las limitaciones de las libertades de expresión e información reconocidas en el art. 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, tuvimos ocasión de declarar que «el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» (STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3). Si bien precisamos que la protección de este último, al tratarse de un derecho meramente instrumental, no es la misma que la que se atribuye al contenido primario directamente garantizado por el art. 20 CE y, consecuentemente, en relación con el derecho de creación de los medios de comunicación «el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración» (STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 5). Y, en particular, puede condicionarlo normativamente a la obtención de un título habilitante, limitar su número o establecer los criterios que determinan el régimen de adjudicación. Esa restricción, que pudiera tener su origen en las limitadas posibilidades de uso simultáneo de las ondas electromagnéticas sin interferencias, debe estar al servicio de un principio o interés constitucional, satisfacer las exigencias que se derivan del principio de proporcionalidad –que se proyectaran sobre el caso concreto–, así como respetar el contenido esencial de la libertad.

En tal sentido «[c]omo recordamos en la STC 73/2014, de 8 de mayo, el llamado “derecho de antena” puede verse sometido a limitaciones o modulaciones establecidas por el legislador y justificadas 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» (STC 86/2017, FJ 5).

Profundizando más en la legitimidad constitucional de los límites atinentes al derecho a crear medios de comunicación a través de los cuales se pueda realizar la difusión de ideas y opiniones y en línea con la STEDH de 28 de marzo de 1990, debemos señalar que estos deben perseguir una o varias de las finalidades legítimas y ser necesarios en una sociedad democrática para conseguirlas (§ 64), pues la inexistencia de razones que justifiquen la prohibición de emisión «constituye un sacrificio del derecho fundamental desproporcionado respecto a los posibles derechos, bienes o intereses a tener en cuenta» (STC 31/1994, FJ 7).

También la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en parecidos términos, aunque en el marco que le es propio, esto es, la libre circulación en el mercado interior, al afirmar que «para determinar si una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal respeta el principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta, en particular, las consideraciones que se exponen a continuación. En primer lugar, es jurisprudencia reiterada que un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a las libertades fundamentales objeto del procedimiento principal [...]» (STJUE de 22 de enero de 2002, asunto C-390/99, *Canal Satélite Digital, SL*, § 34 y 35).

4. Aplicación de la doctrina constitucional al caso planteado. Inexistencia de la vulneración aludida.

a) Alegaciones de la recurrente y de las partes.

La mercantil Soninorte Producciones, SL, cuestiona desde el inicio del procedimiento administrativo las resoluciones de la Consejería de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja por incumplir lo que considera como su deber de convocar el correspondiente concurso de licencias de comunicación audiovisual, que a juicio de la recurrente se encontraban disponibles y vacantes –conforme al art. 27.2 y 5 LGCA–; posteriormente, ya en la demanda de amparo, considera que estaban vacantes atendida la imposibilidad de aplicación del art. 27.4 LGCA a los planes anteriores a su entrada en vigor.

Por su parte, el Ministerio Fiscal y la Comunidad Autónoma de La Rioja se oponen a la demanda con argumentos coincidentes con la fundamentación contenida en la impugnada resolución núm. 962, de 24 de julio de 2018 aprobada por el consejero de Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja. Afirman que no procedía convocar concurso con base en el art. 27 LGCA –norma estatal aprobada por el Estado en ejercicio de competencias exclusivas (art. 149.1.21 CE y STC 8/2016, de 21 de enero, FJ 3)– al no haber vencido licencias de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrestre previamente otorgadas (art. 27.5 LGCA) y no existir licencias disponibles al haberse excluido automáticamente de la planificación radioeléctrica las frecuencias asignadas por el transcurso de los plazos sin que la administración competente haya solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión, o convocado el correspondiente concurso, y sin que ningún interesado haya instado dicha convocatoria (art. 27.4 LGCA).

b) Desestimación de la demanda.

Tal y como disponía el art. 60.1 de la Ley general de telecomunicaciones, y dispone el art. 85.1 de la vigente Ley general de telecomunicaciones de 2022, el espectro radioeléctrico es un bien de dominio público cuya titularidad y administración corresponden al Estado. De modo que «corresponde al Estado en exclusiva la ordenación de los aspectos técnicos del espectro radioeléctrico, como: a) la asignación de frecuencias y potencias para cada uno de sus diversos usos (en cumplimiento de la disciplina internacional al respecto, para evitar, en definitiva, la producción de interferencias perjudiciales para la comunicación); [...] d) la aprobación de la planificación técnica de delimitación del espectro, así como su administración, gestión y control (inspección y comprobación técnica, incluyendo la evaluación de conformidad de aparatos), entre otros aspectos» (STC 8/2016, FJ 3).

Conviene indicar, a los efectos del presente recurso de amparo, que en el ejercicio de dicha competencia el Estado aprobó mediante el Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio, el plan técnico nacional de la radiodifusión sonora digital terrenal, y en desarrollo del mismo la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 15 de octubre de 2001, de planificación del bloque de frecuencias destinados a la radio digital de ámbito local, en régimen de gestión indirecta, en cuyo anexo se establecieron tres bloques de frecuencias para ser objeto de adjudicación por la Comunidad Autónoma de La Rioja, con arreglo a la relación de localidades prioritarias presentadas por dicha Comunidad Autónoma.

Dicha reserva de frecuencias ha permanecido sin ser utilizada para el servicio de radiodifusión sonora desde que se planificó –año 2001–. Debe indicarse que el espectro radioeléctrico, como soporte de las radiocomunicaciones, tanto para aplicaciones fijas como, y especialmente, de banda ancha en movilidad, «constituye un recurso cada día más estratégico, valioso y demandado, que precisa de una regulación que compatibilice un acceso más flexible al mismo por parte de operadores y usuarios en general, con un aprovechamiento efectivo y con máxima eficiencia» (exposición de motivos del Reglamento sobre el uso del dominio público radioeléctrico). Esto es, como se ha indicado anteriormente, la planificación radioeléctrica debe estar inspirada en principios de utilización racional, equitativa, eficaz, económica y eficiente del espectro de frecuencias radioeléctricas (arts. 12.1 de la Constitución y Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones y 46 de la Directiva).

Con la aprobación, casi diez años después, de la LGCA, en armonía con dichos principios, se dispuso –como hemos expuesto– que únicamente es posible otorgar licencias «previa confirmación de existencia de espacio radioeléctrico suficiente» (art. 27.2 LGCA) y que la reserva de dominio público radioeléctrico desaparece y se excluye automáticamente de la planificación si transcurridos doce meses la administración competente no ha solicitado su afectación al servicio público de difusión de radio y televisión o convocado el correspondiente concurso y ningún interesado haya instado la convocatoria (art. 27.4 LGCA). Dicho precepto, que se justifica por la pretensión de lograr un aprovechamiento efectivo y con máxima eficiencia del espectro de frecuencias radioeléctricas, es acorde con la máxima que condiciona el uso de los derechos del espectro radioeléctrico: «se usan o se pierden» (considerando núm. 122 de la Directiva 2018/1972), pues se trata de recursos cuyo uso es tecnológicamente limitado.

En este caso, no existían licencias disponibles, vacantes o extinguidas (art. 27.2 y 5 y disposición transitoria segunda LGCA), pues nunca se llegaron a ofertar mediante la convocatoria de un concurso. La inexistencia de espacio radioeléctrico planificado resultaba confirmada *ex lege* de la regulación contenida en el art. 27.4 LGCA. La posibilidad de planificación estatal no quedaba al arbitrio de la Comunidad Autónoma de La Rioja, de modo que, sin una nueva y previa planificación que únicamente le correspondía hacer al Estado, no existía la posibilidad de convocar el concurso u otorgar licencias por la comunidad autónoma. Esto es, sin reserva planificada del espacio radioeléctrico no cabía el otorgamiento de licencias por la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Debe indicarse que aun en el caso de que se hubiera comprobado a través de una eventual solicitud de información efectuada a la administración estatal, sea por la comunidad autónoma o por el interesado, que estaba disponible y no se encontraba afectada al cumplimiento de obligaciones internacionales, sean de coordinación o de otro tipo, la desaparecida reserva planificada de espacio radioeléctrico (art. 27.4 LGCA), efectuada a los tres bloques de frecuencias asignados a La Rioja en el plan técnico nacional y desarrollada por la Orden de 15 de octubre de 2001, la resolución administrativa impugnada no podría ser merecedora de reproche constitucional. En efecto, en tal supuesto, solamente el Estado –como competente exclusivo en la planificación y administración del dominio público radioeléctrico y no la comunidad autónoma–, tenía la posibilidad de modificar el plan técnico nacional y de efectuar una nueva planificación que pudiera servir de soporte a la convocatoria de concurso de adjudicación de licencias por la Comunidad Autónoma de La Rioja. En tal caso, cualquier interesado hubiera podido exigir de la administración del Estado que se efectuara una nueva reserva del dominio radioeléctrico y ante una eventual negativa injustificada impetrar la tutela judicial para compeler al Gobierno a su planificación.

No ha sido hasta transcurridos ocho años desde la entrada en vigor de la LGCA y dieciocho desde su planificación cuando se ha suscitado interés por las frecuencias que en su día se reservaron para la comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrestre en la Comunidad Autónoma de La Rioja, pero que por el transcurso de los plazos legalmente establecidos (art. 27.4 LGCA) –y en aras a una ordenación eficiente del espectro radioeléctrico– dejaron de estar reservadas por disposición legal a dicho uso en la planificación del dominio radioeléctrico. En efecto, la comunidad autónoma no tuvo interés en afectar al servicio público de difusión de radio y televisión la reserva, ni tampoco en convocar el correspondiente concurso, ni finalmente existieron interesados que instaran su convocatoria durante el plazo de un año.

En tales circunstancias debe descartarse que se haya producido una vulneración del derecho a la libertad de expresión e información [art. 20.1.a) y d) CE]. El derecho invocado no atribuye la facultad de congelación o reserva del uso de un recurso tecnológicamente escaso durante años a determinada finalidad. Por tanto, ni la decisión administrativa impugnada carece de previsión legal, al contrario, viene impuesta por la inexistencia de dominio público radioeléctrico (art. 27.4 LGCA), ni es desproporcionada, pues el derecho invocado no es absoluto y presenta indudables límites, debiendo compaginarse con la protección de otros bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (STC 12/1982, FJ 3).

No debe olvidarse que, en relación con el derecho «meramente instrumental» (STC 329/2005, de 15 de diciembre, FJ 9) de creación de medios de comunicación, comprendido en el derecho de difundir las ideas y opiniones, el legislador tiene «mucha mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar al regular dicha materia otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial» (STC 31/1994, FJ 9) y que «del art. 20 CE no nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque solo sea a nivel local. Ni tampoco es constitucionalmente exigible que la regulación legal o la actuación administrativa en la materia solo tenga como único límite el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar» (STC 206/1990, FJ 6).

Finalmente, debe indicarse que la inexistencia actual de licencias disponibles, vacantes o vencidas y de espacio de radiodifusión disponible no tiene carácter temporalmente indefinido, de ser así, podría injustificadamente obstaculizarse el ejercicio de los derechos a la libertad de comunicación e información de potenciales prestadores del servicio de radio digital. Esto es, tanto el otorgamiento de concesiones ilimitadas en el tiempo como la eliminación de cualquier posibilidad de prestación del servicio de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital terrestre de ámbito local temporalmente ilimitadas, podrían restringir injustificadamente los derechos invocados.

Sin embargo, tales circunstancias tampoco concurren. Por una parte, como hemos indicado, la LGCA pretende evitar la congelación del mercado, e impide la renovación

automática en el caso de que exista un tercero que esté interesado en la concesión de la licencia para incorporarse al mercado [art. 28.3.b) LGCA], limitando la duración de las nuevas y antiguas licencias a quince años (disposición transitoria segunda LGCA). Y, por otra parte, los constantes avances tecnológicos en la optimización del espectro radioeléctrico obligan a nuevas planificaciones de frecuencias para lograr un uso más eficiente del espectro. Así ha sucedido con posterioridad a la solicitud planteada por la entidad recurrente con la aprobación del Real Decreto 391/2019, de 21 de junio, por el que se aprueba el plan técnico nacional de la televisión digital terrestre, y que modificó el plan técnico nacional aprobado por el Real Decreto 1287/1999, de 23 de julio.

En consideración a lo argumentado en los anteriores fundamentos jurídicos, es procedente la desestimación del recurso de amparo interpuesto.

## 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 el recurso de amparo interpuesto por Soninorte Producciones, SL.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de julio de dos mil veintitrés.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Inmaculada Montalbán Huertas.—Ricardo Enríquez Sancho.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Concepción Espejel Jorquera.—María Luisa Segoviano Astaburuaga.—César Tolosa Tribiño.—Juan Carlos Campo Moreno.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 140-2021*

Con el mayor respeto al criterio mayoritario reflejado en la sentencia a que se refiere el encabezamiento, formulo el presente voto particular en ejercicio de la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC, para dejar constancia de los argumentos que defendí en la deliberación y que sustentan mi posición respecto de la estimación del recurso de amparo planteado.

1. La interpretación de la legislación en materia de derecho de antena y la privación de la eficacia del derecho.

La sentencia de la que discrepo desarrolla un planteamiento del «derecho de antena» (así denominado desde la STC 73/2014, de 8 de mayo, FJ 4) que se traduce en una total privación de su eficacia respecto de la mercantil recurrente en amparo. La razón principal es que el pronunciamiento del Tribunal obvia la dimensión prestacional que se inscribe en el derecho a la creación de medios de comunicación audiovisual, es decir, ignora que a la libertad de antena se vinculan una serie de obligaciones exigibles a las administraciones públicas, quienes han de garantizar el adecuado ejercicio del derecho dentro del marco normativo del Derecho nacional y del Derecho de la Unión Europea.

1.1 El planteamiento interpretativo de la sentencia.

El pronunciamiento de la mayoría detalla la legislación sobre comunicación audiovisual, su evolución, su carácter multinivel por la influencia en la normativa nacional del desarrollo legal del Derecho de la Unión, para terminar concluyendo que el derecho de antena, al ser instrumental de las libertades informativas [art. 20.1.a) y d) CE], puede verse sometido a mayores limitaciones o modulaciones que tales libertades, ya que su efectividad no supone el reconocimiento de un derecho a emitir, ni el reconocimiento de un derecho a exigir de la administración que proporcione una frecuencia para emitir (en

este sentido, SSTC 206/1990, 31/1994, 127/1994 y 88/1995, todas ellas dictadas hace ya dos décadas).

Desde esta visión subordinada del derecho de antena, la sentencia identifica como condición a su ejercicio la posibilidad de exigir la adjudicación de una licencia de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora digital (DAB), para prestar el servicio de radio digital. Así se había establecido ya en la STC 73/2014, que asumió la necesidad de la actuación del legislador (*interpositio legislatoris*) para establecer mecanismos de ordenación del sector, al ser necesario compatibilizar el ejercicio del derecho a crear medios de comunicación con el ejercicio de otros derechos y la protección de otros valores constitucionales.

La intermediación legislativa, en el caso que nos ocupa, se circunscribe a los apartados 2 y 4 del art. 27 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual (LGCA), que establecen el régimen de concursos para la concesión de licencias de prestación de servicios audiovisuales, y cuya interpretación es abiertamente controvertida en sede jurisdiccional ordinaria. El principal punto de discusión se centra en determinar cuáles son los efectos, para las empresas del sector y para los usuarios, derivados del hecho de que la administración no haya convocado concursos de adjudicación de concesión de licencias en los distintos plazos marcados por el art. 27 LGCA.

De un lado, la tesis del decaimiento de la reserva radioeléctrica sostiene que el art. 27.2 LGCA establece la obligación de la administración de establecer la reserva de dominio público radioeléctrico (para uso público) y de convocar el concurso para la adjudicación de las licencias disponibles, sin otros límites que los derivados de las condiciones técnicas y el control de legalidad y, transcurrido el plazo de doce meses previsto en el art. 27.4 LGCA, sin que la administración competente hubiese solicitado la afección al servicio público, o en su caso, ningún interesado haya instado dicha convocatoria, la reserva de dominio público radioeléctrico decaería, excluyéndose automáticamente de la planificación, de lo que resultaría la inexistencia de licencias vacantes susceptibles de ser convocadas ni susceptible de exigir su convocatoria [en este sentido, SSTS 1621/2020, de 26 de noviembre (recurso de casación núm. 4759-2019), y 143/2021, de 4 de febrero (recurso de casación núm. 7628-2019); y sentencias núm. 1051/2018, de 27 de diciembre, y núm. 272/2019, de 8 de abril, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias).

Del otro lado, la tesis de la prevalencia del derecho a recibir una comunicación audiovisual plural, a través de la convocatoria de concursos, establece que, si se dan las condiciones para que decaiga la reserva de dominio público radioeléctrico, la consecuencia no puede ser la desaparición de las licencias vacantes, sino la liberalización de todo el espacio para la concesión de licencias, en la medida en que la convocatoria del concurso para el otorgamiento de las licencias disponibles deviene en un acto reglado para la administración [en este sentido, por ejemplo, sentencias núm. 518/2018, de 29 de mayo, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León; núm. 62/2019, de 31 de enero, Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias; núm. 107/2019, de 30 de abril, y núm. 110/2019, de 6 de mayo, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; núm. 450/2020 y núm. 451/2020, ambas de 27 de julio, de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia; y, respecto de las licencias de canales de televisión digital terrestre (TDT) local las SSTS 1/2020, de 9 de enero (recurso de casación núm. 5255-2018), y núm. 10/2020, de 14 de enero, (recurso de casación núm. 5256-2018)].

La sentencia a la que se opone el presente voto particular se alinea con la tesis de que el decaimiento de la reserva radioeléctrica supone la desaparición de la obligación de convocar concursos de licencias, descartando que vulnere las libertades informativas de la recurrente, en su vertiente del derecho de antena, la decisión de la Consejería de

Administración Pública y Hacienda del Gobierno de La Rioja de denegar su solicitud de convocatoria de concurso público para la adjudicación de las licencias disponibles de ámbito local en la citada Comunidad Autónoma.

La sentencia no argumenta que exista una saturación del espacio radioeléctrico que haga imposible, por razones técnicas, su ocupación por la recurrente para prestar el servicio de radiodifusión digital. Tampoco alega que la limitación de la creación de medios de comunicación, en este caso, esté justificada en 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 (límites estos previstos en las SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4; 12/1982, de 31 de marzo, FJ 6, o 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 6). Sencillamente sostiene que las administraciones públicas –y no entraré en el debate de si la estatal o la autonómica porque no resulta pertinente en el marco de un proceso de amparo–, no procedieron a formular la reserva planificada del espacio radioeléctrico, por lo que el otorgamiento de licencias era imposible.

1.2 Una interpretación que no prive al titular del ejercicio del derecho de antena ni menoscabe el principio de pluralismo político.

El Tribunal acepta, al asumir la interpretación expuesta, que aunque la inactividad de la administración haga imposible el ejercicio de un derecho, insistentemente catalogado como instrumental, ello no supone una lesión del derecho de antena, porque el legislador, de acuerdo con la legislación vigente y en sintonía con la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de creación de medios de comunicación, exige la existencia de una licencia para poder ejercerlo, es decir establece una condición que se acepta como constitucionalmente admisible.

A mi juicio, este paradójico y circular argumento resulta insostenible, porque conduce a negar que un límite absoluto al ejercicio del derecho, derivado de la inactividad de la administración, sea lesivo del derecho sencillamente porque el legislador prevé como condición de ejercicio del derecho el desarrollo de una determinada actuación administrativa. El planteamiento descrito deja en manos de la voluntad de la administración pública el ejercicio del derecho fundamental y ello no resulta acorde con la observancia del mismo, incluso aunque admitamos la calificación del derecho de antena como puramente instrumental de las libertades informativas.

El derecho a crear los soportes, instrumentos o medios de comunicación necesarios para ejercer las libertades informativas, quizá no pueda equipararse a estas, ni en la intensidad de su protección (entre otras, STC 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 6), ni en la evaluación de sus límites, pero, tal y como se define en la actualidad el escenario de las comunicaciones, tal y como se han desarrollado los medios técnicos que habilitan el ejercicio de las libertades informativas, y teniendo en cuenta la necesidad de la intervención del poder público en la organización del mercado de las telecomunicaciones, el vínculo entre el medio y el mensaje es cada vez mayor y resulta progresivamente más complejo distinguir entre los instrumentos técnicos de la comunicación y el contenido de la comunicación que conforma las libertades informativas, de modo que no es posible asumir un planteamiento como el que sostiene la sentencia de la mayoría, porque el mismo supone una subordinación del medio al mensaje que justificaría la intervención en el medio, imposibilitando la transmisión del mensaje.

La sentencia de la que discrepo no solo ha perdido la ocasión de revisar la distinción doctrinal clásica entre derechos primarios (libertades informativas) y derechos instrumentales (derecho de antena) del art. 20.1 CE, para eliminar las diferencias establecidas hace más de treinta años entre ambas, cuando el escenario no podía ser más alejado del actual. Además, el pronunciamiento del Tribunal ha venido a profundizar en la separación entre ambas vertientes de las libertades informativas lo que ha supuesto, *de facto*, la anulación de una de ellas, concretamente del derecho de antena.

No cabe olvidar que el derecho de antena es mucho más complejo que la mera creación de un soporte técnico para permitir las comunicaciones. Se conecta con el art. 20.1 CE, esto es, con el derecho a expresarse libremente mediante la palabra, el escrito o «cualquier otro medio de reproducción» [letra a)], y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz «por cualquier medio de difusión» [letra d)], y por tanto con un genuino derecho de libertad que, además, tiene una proyección política clara, por cuanto las libertades informativas son garantía de la conformación de una opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático, tal y como dispone el art. 1.1 CE. Por estas razones, el derecho de antena no puede quedar subordinado a la voluntad política (o a la desidia administrativa), porque las conexiones con el ejercicio del pluralismo político son tan estrechas que podría darse un condicionamiento indeseable en el marco de un Estado de Derecho. Si el art. 20 CE defiende la libertad en la formación y el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre, la creación de los medios de comunicación a través de los cuales se puedan transmitir y difundir esas ideas, pensamientos y noticias, por más que sea instrumental, no deja de ser imprescindible.

La jurisprudencia constitucional lo dejó claro en la STC 31/1994, referida a la televisión digital terrestre y al desarrollo del modelo de difusión en aquel momento. Y, aunque la sentencia niegue la proyección de aquella doctrina al caso que ahora nos ocupa, lo cierto es que la proyección es directa y clara. En aquel supuesto era la inactividad del Estado-legislador la que había impedido la creación de los medios de TDT, y el pronunciamiento constitucional sostuvo que el legislador no puede «diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1.a) y d) CE, 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 art. 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 (SSTC 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*, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 CE» (STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 7).

En el caso que resuelve la sentencia, si bien el legislador cumplió con su función y estableció la regulación pertinente, ni la administración central, ni la administración autonómica desarrollaron y ejecutaron las previsiones legales adecuadamente, impidiendo el ejercicio del derecho fundamental que se invoca ante este tribunal. Ha sido la inactividad de la administración la que ha bloqueado el ejercicio del derecho de antena, al no convocar los concursos de adjudicación de licencias para radiodifusión digital terrestre local, inacción de la que deriva la jurisprudencia aplicada por el Tribunal Supremo en este caso, el decaimiento de la reserva del espectro radioeléctrico y la desactivación de las licencias técnicamente disponibles. Y si en 1994 descartamos que el legislador pudiera negar el ejercicio del derecho por la vía de no regular la actividad, no se entiende por qué en el año 2023 debiera aceptarse que la administración pueda negar el ejercicio del derecho, tanto a los operadores que prestan servicios de comunicación audiovisual como a los usuarios, por la vía de no convocar, sin justificación y sin previsión de convocatoria futura, los oportunos concursos para la atribución de las

licencias vacantes de explotación del espacio radioeléctrico para las radios digitales terrestres.

Por tanto, a mi juicio, y según los argumentos expuestos, la sentencia debió contestar la interpretación formulada por el Tribunal Supremo de la legislación vigente, porque dicha interpretación resulta lesiva del derecho de antena y, correlativamente, menoscaba el ejercicio de las libertades informativas que recoge el art. 20 CE.

2. La necesidad de observar el derecho de antena como un derecho prestacional del que derivan obligaciones de los poderes públicos.

Sin perjuicio de que los argumentos expuestos hasta aquí serían suficientes para justificar mi posición favorable a un fallo estimatorio de la sentencia, entiendo que la misma también podría haber sido el pronunciamiento adecuado para formular un concepto actualizado del derecho de antena, que hubiera tenido en cuenta la evolución del mercado de las telecomunicaciones y la posición de los poderes públicos en la regulación y gestión de ese mercado, que resulta ser un contexto inseparable del ejercicio de las libertades informativas del art. 20 CE.

Tal y como se deriva del art. 22 LGCA, los servicios de comunicación audiovisual son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a participar en la vida pública y social, y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, de la pluralidad y de los valores democráticos. Derecho cuyo ejercicio está sometido, en este caso, a la previa licencia otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente. Por su parte, en la regulación actualmente vigente, el art. 76.1 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, general de comunicación audiovisual, establece que el «servicio de comunicación audiovisual radiofónico y el servicio de comunicación audiovisual sonoro a petición son servicios de interés general que se prestan en ejercicio de la responsabilidad editorial de conformidad con los principios del título I y al amparo de los derechos constitucionales a la libertad de expresión, a comunicar y recibir información, a participar en la vida política y social y a la libertad de empresa».

Esta idea se refuerza en la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código europeo de las comunicaciones electrónicas, cuando reconoce establecer un «marco jurídico que garantice la libertad de suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas, con sujeción únicamente a las condiciones establecidas en la presente Directiva y a toda limitación contemplada en el artículo 52, apartado 1, del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en particular medidas en materia de orden público y seguridad y salud públicas, y coherentes con el artículo 52, apartado 1, de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea». Por tanto, la regulación europea presupone que el derecho de antena o la libertad de antena debe quedar sometido solo a límites muy determinados y aplicados de forma restrictiva. Y, además, la Directiva también contempla que «[l]a regulación de la política audiovisual y de los contenidos tiene como finalidad alcanzar objetivos de interés general, como la libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación, la imparcialidad, la diversidad cultural y lingüística, la inclusión social, la protección de los consumidores y la protección de los menores. La separación entre la regulación de las comunicaciones electrónicas y la regulación de los contenidos no es óbice para tener en cuenta los vínculos que existen entre ambas, en particular, con el fin de garantizar el pluralismo de los medios de comunicación, la diversidad cultural y la protección de los consumidores. Dentro de los límites de sus competencias, las autoridades competentes deben contribuir a que se apliquen políticas destinadas a promover dichos objetivos».

Por tanto, el vínculo entre servicios de comunicaciones, proclamación del interés general, y ejercicio de libertades informativas está claramente establecido en la regulación vigente.

De este vínculo se deriva, sin mayor dificultad, que la dimensión prestacional de las libertades informativas, ínsita en el mismo reconocimiento constitucional del derecho en

el art. 20 CE, y la definición de los servicios audiovisuales como servicios de interés general, supone que la administración asume una serie de obligaciones para mantener un mercado audiovisual competitivo, transparente y plural, del mismo modo que las asume para limitar el ejercicio del derecho de antena por razones de orden público audiovisual. Esta caracterización supone que los poderes públicos asumen una serie de obligaciones positivas, asociadas a la regulación y desarrollo del derecho, que también es servicio. Estas obligaciones compelen a requerimientos de desarrollo normativo, así como de ejecución administrativa, y todo ello para asegurar el acceso al mercado y el uso del dominio público radioeléctrico, y sustentar de este modo la garantía del derecho de la ciudadanía a recibir una información plural y acorde a los valores democráticos.

La reserva del espectro radioeléctrico y su eventual caducidad al amparo del artículo 27.4 LGCA tiene como justificación constitucional la obligación de planificar el dominio público radioeléctrico y asignar recursos que pueden ser escasos, convocando los concursos públicos de adjudicación de las respectivas licencias de acuerdo con las necesidades y obligaciones que derivan de la prestación de la radiodifusión digital terrestre local, en el caso que nos ocupa, como servicio de interés general. Todo ello para garantizar la prestación del servicio público y, a través de ello, para dar cumplimiento a la obligación de asegurar la posibilidad de ejercicio del derecho de creación de medios de comunicación, que presupone la ordenación del espacio en que se crean dichos medios para evitar la saturación y asegurar que la comunicación, el mensaje, se transmite adecuadamente.

El contexto fáctico en que se desenvuelve la situación que da lugar al presente proceso de amparo muestra cómo las administraciones no han respondido a su obligación de planificar. La inactividad pública durante más de dos décadas, pese al espectacular desarrollo tecnológico que ha devenido, incluso, en la aparición de nuevas tecnologías aún más eficientes a partir del estándar DAB de común empleo en la Unión Europea, conduce, en realidad, al bloqueo del espectro y a su utilización ineficiente por cuanto la congelación tecnológica operada impide optimizar su uso y obstruye las ventajas que la cláusula de progreso en la materia comportarían para el interés general y, en particular, para el ejercicio de las libertades y los derechos constitucionales en juego, perjudicando de manera muy notable el pluralismo informativo y la libertad de comunicación de los interesados en acceder al espectro y emitir por radiodifusión digital terrestre.

La naturaleza de la radiodifusión digital terrestre como servicio de interés general prestado sobre el dominio público radioeléctrico genera obligaciones, tanto para quien desea acceder al demanio y prestar el servicio de comunicación –en este caso la recurrente en amparo–, como para quien tiene encomendada la planificación, gestión y control de la utilización del espectro radioeléctrico –en este caso, las administraciones públicas estatal y autonómica–. Esta obligación viene claramente determinada en el art. 45 del Código europeo de las comunicaciones electrónicas que establece en su apartado 1 que, «habida cuenta de que el espectro radioeléctrico es un bien público que tiene un valor social, cultural y económico importante, los Estados miembros velarán por la gestión eficaz del espectro radioeléctrico para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas en su territorio de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3 y 4. Velarán asimismo por que la atribución de derechos individuales de uso del espectro radioeléctrico para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la concesión de autorizaciones generales en la materia y la concesión de esos derechos por las autoridades competentes se basen en criterios objetivos, transparentes, favorables para la competencia, no discriminatorios y proporcionados».

Y la limitación del acceso al espectro radioeléctrico, en cuanto bien de dominio público, solo cabe, tal y como se deriva del Código europeo de las comunicaciones electrónicas: (i) por razones técnicas, que no parecen concurrir en este caso, o al menos las administraciones interesadas no han alegado que concurren; (ii) por la necesidad de ajuste al cumplimiento de las condiciones enumeradas en el anexo I del Código europeo; (iii) por la necesidad de evitar interferencias perjudiciales; proteger la salud pública frente

a los campos electromagnéticos, teniendo en cuenta en la mayor medida posible la Recomendación 1999/519/CE; asegurar la calidad técnica del servicio; garantizar un uso compartido máximo del espectro radioeléctrico; garantizar un uso eficiente del espectro radioeléctrico o garantizar el logro de un objetivo de interés general.

En definitiva, la interpretación realizada por la sentencia de la que discrepo se opone a la comprensión del derecho de antena que se promueve desde las instituciones europeas y niega las obligaciones de las administraciones públicas derivadas del Derecho de la Unión y de la aceptación de la dimensión prestacional de las libertades informativas. Las obligaciones adquiridas al amparo del Derecho de la Unión Europea obligan al Estado español a un uso eficiente del espectro radioeléctrico, así como a garantizar la competencia y la innovación en su utilización. Si el artículo 55 del Código europeo de las comunicaciones electrónicas obliga a los Estados a «manifestar claramente los motivos» por los que se limita el número de derechos de uso del espectro radioeléctrico otorgados, «en particular teniendo debidamente en cuenta la necesidad de conseguir los máximos beneficios para los usuarios y facilitar el desarrollo de la competencia, y revisar la limitación, cuando proceda, a intervalos regulares o por una petición razonable de empresas afectadas», a *contrario sensu* debe descartarse cualquier limitación que suponga a efectos prácticos la supresión *ex lege* de los derechos de uso del espectro sin la debida motivación o expectativa de revisión en un plazo temporal predeterminado, condenando a emisores y receptores de la libertad de comunicación a la incertidumbre jurídica y a la prestación prolongada en el tiempo de servicios de menor calidad a partir del uso actual del espectro que, en cuanto recurso escaso, se está gestionando, desde la perspectiva cuanto menos tecnológica, de forma ineficiente, al obstaculizar la innovación y la implementación del desarrollo tecnológico que habría de llevar a su mejor aprovechamiento.

### 3. Conclusión.

Este tribunal ha sancionado siempre el principio de interpretación más favorable a la libertad y a una mayor efectividad del derecho constitucional afectado en cada caso, destacando al efecto los principios de razonabilidad, ponderación y proporcionalidad. Combinando esta doctrina con la obligación impuesta por el art. 3.1 del Código civil de interpretar las normas en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, se pone de relieve la ausencia de seguridad jurídica a que aboca el art. 27 LGCA y la incertidumbre que ha planteado en relación con la evolución tecnológica en el ámbito de la radiodifusión digital, en tanto se ha erigido en límite a su progreso lógico y adecuado a medio y largo plazo.

La sentencia de la que discrepo realiza una interpretación del derecho de antena que deviene ineficaz en el marco analizado, por cuanto no asume que existen una serie de obligaciones positivas, derivadas del reconocimiento constitucional del derecho de antena, que las administraciones públicas no han atendido en este caso.

El derecho de antena, explicado a la luz del Derecho de la Unión, y particularmente del Código europeo de las comunicaciones electrónicas, no es un mero derecho instrumental de las libertades informativas, sino que se integra de manera inseparable en el ejercicio de dichas libertades y particularmente en su vertiente prestacional, de modo que las condiciones de ejercicio del derecho legalmente previstas, no pueden traducirse en una suspensión de su derecho provocada por la inactividad de la administración que no saca a concurso la adjudicación de licencias para radiodifusión digital terrestre local.

En este sentido, emito mi voto particular.

Madrid, a dieciocho de julio de dos mil veintitrés.—María Luisa Balaguer Callejón.—  
Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el magistrado don Ramón Sáez Valcárcel a la sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 140-2021*

Mi discrepancia con la sentencia se centra en dos puntos. Uno, porque ofrece un entendimiento devaluado del llamado «derecho de antena». Y, dos, porque ubica el problema jurídico-constitucional planteado en el plano de la actividad del legislador y no en la de la administración. En lo que sigue dejo constancia de las razones de mi disconformidad con el fallo y con los razonamientos que sustentan la posición de la mayoría, sintetizando los argumentos que expuse en la deliberación en el Pleno.

1. La doctrina constitucional sobre el derecho a la creación de medios de comunicación.

El recurso de amparo fue admitido a trámite al apreciarse, según recuerda el antecedente cuarto de la sentencia, que «podía dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2.b)]». Resulta, sin embargo, que la sentencia no solo no desarrolla ni aclara la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental en juego –a saber, el derecho a la creación de medios de comunicación–, sino que viene a devaluar la dimensión constitucional de tal derecho al recoger la doctrina preexistente de manera incompleta y parcialmente distorsionada.

Así, por una parte, la sentencia omite indebidamente nuestra doctrina acerca de la profunda imbricación entre el llamado derecho de antena y los derechos sustantivos a los que sirve. Ciertamente, este tribunal ha distinguido entre los «derechos primarios» a la libertad de expresión y comunicación y «los derechos instrumentales» a crear los soportes necesarios para ejercer esas libertades, no pudiendo equipararse la intensidad de protección de los derechos primarios, directamente garantizados por el art. 20 CE, y los que son en realidad meramente instrumentales de aquellos (entre otras, STC 206/1990, de 17 de diciembre, FJ 6). Sin embargo, no puede olvidarse que «los mencionados derechos fundamentales y dichos instrumentos técnicos de comunicación no pueden distinguirse radicalmente; en nuestros días, la libertad de información es, casi sin excepción, un derecho a servirse de determinados medios, de manera que, de algún modo, la posibilidad de crear medios de comunicación social conecta y se integra con estos derechos fundamentales. Y así lo hemos venido reconociendo –como se ha expuesto– desde las iniciales SSTC 12 y 74/1982» [STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 4.B)]. Es decir, en el campo de la radio digital terrestre que nos ocupa, la posibilidad de creación de medios es condición necesaria para el ejercicio del derecho fundamental a comunicar información en un régimen de pluralidad de fuentes como cauce de formación de la opinión pública.

De otro lado, la sentencia insiste sobre el carácter instrumental o accesorio del derecho a la creación de medios de comunicación y sobre su consiguiente apertura a la configuración legislativa, sin tener en cuenta el dato fundamental de que tales rasgos han sido afirmados por la jurisprudencia constitucional en relación con medidas legislativas que condicionaban la creación de medios de comunicación o sus características técnicas, no a actuaciones administrativas que impiden de modo total su ejercicio, como ahora sucede. «[L]a 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 art. 20.1 de la Constitución»; su naturaleza «aconseja no entender como una decisión esencial respecto de esos derechos la ordenación de las condiciones técnicas del medio televisivo»; «[u]nos extremos como son los sistemas de transporte y difusión de señales [...] no son ni desarrollo directo de los derechos fundamentales del art. 20.1 de la Constitución ni tampoco realmente, una verdadera regulación de las condiciones para su ejercicio» (STC 127/1994, de 5 de mayo, FFJJ 4 y 5).

2. La interpretación y aplicación formalistas de la ley como problema iusfundamental.

La sentencia no identifica correctamente el problema constitucional planteado que, por lo tanto, queda huérfano de todo tratamiento. En efecto, la posición de la mayoría razona como si lo controvertido fuese la previsión legal de un sistema de sometimiento a licencia de la actividad de radiodifusión digital terrestre en el que, además, el número de licencias a adjudicar está sometido a una limitación cuantitativa y esta, a su vez, a la exigencia de una planificación administrativa sometida a plazo de caducidad. Es cierto que la exigencia de título habilitante, como la limitación del número de tales títulos y la exigencia y caducidad de planificación, constituyen restricciones distintas y sucesivas a las libertades de expresión e información (art. 20 CE) y –al margen ya del ámbito del recurso de amparo– de la libertad de empresa (art. 38 CE). Y, como señala la sentencia, se trata de restricciones que, tal y como se configuraban en la ya derogada Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de comunicación audiovisual, no cabía reputar *per se* inconstitucionales al encontrarse justificadas en la escasez del espectro radioeléctrico, entendido como bien de dominio público de titularidad y gestión estatal cuyo uso privativo es necesario para la prestación de ciertos servicios de comunicación audiovisual, entre ellos el de radiodifusión digital terrestre, y que ha de ser usado de manera eficiente.

Ahora bien, sucede que nada de esto, propio de la configuración normativa del sistema, formaba parte de la controversia planteada en el presente recurso de amparo. Lo que se discutía era algo atinente al momento ulterior de la aplicación del sistema por parte de las administraciones públicas, a saber, si resulta o no conforme con el art. 20.1 CE la total ausencia de convocatoria de licencias en un contexto de pasividad administrativa prolongada a lo largo de cerca de veinte años, a pesar de que existían interpretaciones de la legislación entonces vigente más proclives a la efectividad de los derechos fundamentales afectados y de la que no existe alegación ni prueba de que pueda conllevar merma para los intereses públicos ni de terceros.

En definitiva, la cuestión constitucional que estábamos llamados a abordar, pero que la sentencia soslaya, es si ante un derecho fundamental cuyo ejercicio presupone una determinada conducta activa de los poderes públicos (en este caso, la convocatoria de concurso para la adjudicación de derechos de uso del espectro radioeléctrico), la administración puede conformarse con una interpretación formalista de la ley o si el art. 20.1 CE le obliga a realizar una interpretación que dote de la máxima efectividad posible a los derechos fundamentales implicados, especialmente en un contexto en que las dificultades para el ejercicio del derecho se deben precisamente a la inactividad de la administración.

La médula del problema es la misma que abordaba la STC 31/1994, de 31 de enero, por más que en aquel caso afectase a la desidia del legislador a la hora de establecer un determinado marco regulatorio y, en este, a la pasividad de la administración a la hora de aplicarlo. En nada cambia esta circunstancia el hecho de que el caso resuelto por aquella sentencia de hace casi treinta años no se refiriese específicamente a una vertiente de la actividad audiovisual que requiriese el uso privativo del espectro radioeléctrico. Aun con estas diferencias sigue siendo relevante, y por lo tanto debería haber sido tenido en cuenta al resolver el presente recurso de amparo, lo afirmado entonces por este tribunal (fundamento jurídico 7): el legislador no puede «diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1.a) y d) CE, 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 art. 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*, aunque pueda modular de distinta manera las condiciones de su ejercicio, respetando en todo caso el límite que señala el art. 53.1 CE».

La sentencia de la que discrepo pasa por alto esta cuestión y se conforma con una lectura formalista de la controversia, análoga a la que antes habían adoptado la administración autonómica y la sentencia de casación. Examinado el art. 27 LGCA 2010 y concluido que no existen razones para dudar de su constitucionalidad en abstracto, se afirma que la administración autonómica nada debía ni podía hacer para satisfacer las libertades de expresión e información de la entidad solicitante, pues se entiende que, decaída la eficacia de la reserva de espectro de la planificación estatal por el paso del tiempo (art. 27.4 LGCA 2010), no existe espacio radioeléctrico suficiente sobre el cual puedan otorgarse títulos habilitantes (art. 27.2 LGCA 2010), lo que inhabilita legalmente a la administración autonómica para convocar concursos de licencias.

Se entiende, por lo tanto, que el decaimiento de la reserva *ex art. 27.4* conlleva automática y necesariamente la inexistencia de espectro a que alude el art. 27.2, conclusión que no se deriva del tenor literal de la LGCA 2010 y que, además, en las circunstancias del caso, supone privar de toda efectividad a los derechos fundamentales de la entidad demandante.

Ha de tenerse en cuenta que en el concreto supuesto de que trae causa el recurso de amparo concurrían varios tipos de pasividad o inactividad administrativa: una primera, consistente en la falta de convocatoria de concurso público, en su momento, por parte de la administración autonómica; una segunda, consistente en la falta de realización de nuevas planificaciones por parte de la administración estatal, a pesar de datar la última del año 2001; y una tercera, que es la verdaderamente relevante en este caso, pero que adquiere trascendencia por su conexión con las ya citadas, consistente en la falta de proactividad de la administración autonómica a la hora de dotar de efectividad, dentro del marco legal vigente, a los derechos fundamentales del art. 20.1 CE invocados por la recurrente en amparo. Entiendo, por lo tanto, que ese contexto de previa y prolongada pasividad de las administraciones estatal y autonómica exigía de esta última, y de los órganos judiciales después, una interpretación y aplicación de la ley que, sin desconocer su literalidad ni atender contra los intereses protegidos por ella, facilitase en la medida de lo posible el ejercicio de los derechos a comunicar y recibir información veraz en un marco de pluralismo.

Esa interpretación alternativa de la legislación aplicable resultaba posible, pues el art. 27.2 LGCA condiciona la convocatoria de concursos de licencias por parte de la administración competente a la «previa confirmación de existencia de espacio radioeléctrico suficiente». No alude la norma a la reserva del espectro ni a su planificación, sino al dato material de su existencia, de su disponibilidad. Ordinariamente, esto último se plasma a través de decisiones administrativas de planificación. En el caso que ahora examinamos, sin embargo, la ausencia de actividad planificadora durante cerca de dos décadas y la alegación por el recurrente –no controvertida– de que la misma no había impedido que determinadas comunidades autónomas procediesen a la convocatoria y adjudicación de licencias, obligaban al aplicador de la norma a indagar si efectivamente existía espectro disponible para la adjudicación, cosa que podía suceder si, a pesar de haberse producido el decaimiento formal de la reserva, las correspondientes bandas de frecuencias no habían sido destinadas a otro uso ni habían sido o estaban en vías de ser planificadas para otro uso. Mediante una mera consulta al Estado, titular del demanio y competente para planificar su uso, cabía comprobar si existía o no algún obstáculo real que justificase la restricción de las libertades del recurrente en amparo.

Entender la exigencia del art. 27.2 LGCA en este sentido material y no formal resulta coherente, además, con las previsiones normativas europeas e internas que priorizan el

uso eficiente del espectro radioeléctrico y la competencia en el mercado, así como con la ulterior evolución legislativa del sector, pues en la actualidad el art. 26.5 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, general de comunicación audiovisual (LGCA 2022), impide expresamente que el mero paso del tiempo produzca el decaimiento de la reserva, debiéndose atender a si la porción afectada del dominio público radioeléctrico ha sido o no efectivamente destinada a otro fin. Y es que en defecto de justificación real (no meramente formal) ha de entenderse, en fin, que la prohibición de emisión «constituye un sacrificio del derecho fundamental desproporcionado respecto a los posibles derechos, bienes o intereses a tener en cuenta» (STC 31/1994, FJ 7).

Sin embargo, en ningún momento la autoridad administrativa se planteó si existía o no espectro disponible para las eventuales licencias a convocar, ni consultó sobre este dato al titular del demanio (el Estado), sino que se conformó, sin más, con realizar una interpretación formalista de la ley para equiparar la caducidad de la reserva con la falta de espectro, a pesar de que se le había puesto de manifiesto la posibilidad de interpretaciones alternativas, que se habían ofrecido en otras comunidades autónomas y en parte de los Tribunales Superiores de Justicia. Esta aproximación al problema, que la sentencia de la que discrepo viene a respaldar, no tiene suficientemente en cuenta que «los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (art. 9.1 y 53.1 CE) y son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, no sufriendo este principio general de aplicabilidad inmediata más excepciones que las que imponga la propia Constitución expresamente o que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable (SSTC 15/1982, FJ 9; y 254/1993, FJ 6)» y que las libertades del art. 20.1.a) y c) cuentan con un contenido mínimo «que debe ser protegido por todos los poderes públicos y, en última instancia, por este Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo» (STC 31/1994, FJ 7).

Y en este sentido emito mi voto particular.

Madrid, a dieciocho de julio de dos mil veintitrés.—Ramón Sáez Valcárcel.—Firmado y rubricado.

*Voto particular concurrente que formulan los magistrados don Enrique Arnaldo Alcobilla y doña Concepción Espejel Jorquera a la sentencia dictada en el recurso de amparo número 140-2021*

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con respeto a la opinión de nuestros compañeros, formulamos el presente voto particular para expresar nuestra discrepancia con parte de la fundamentación de la sentencia recaída en el presente recurso de amparo, conforme a los argumentos que ya tuvimos ocasión de exponer durante su deliberación en el Pleno, aunque compartamos el fallo de esta.

1. Queja planteada y respuesta de la sentencia.

La queja de la entidad recurrente en amparo se centraba en la infracción del derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio del 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]. Esta infracción se deriva de la negativa de la administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja a convocar un concurso público de licencias de radiodifusión sonora digital de ámbito local amparándose en una cuestión meramente formal: el transcurso de un plazo imputable a su propia inactividad y al consiguiente decaimiento de la planificación del espacio radioeléctrico de competencia estatal.

La sentencia viene a descartar esa vulneración con un argumento de mera legalidad: que el uso de un recurso escaso, como es el espectro radioeléctrico, exige la previa

planificación por su titular, el Estado, y que la legislación vigente en el momento de solicitar la convocatoria del concurso, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de la comunicación audiovisual (LGCA), señalaba expresamente la exclusión de la planificación de aquellas frecuencias inicialmente asignadas si la administración competente no convoca en un plazo determinado o ningún interesado instó la convocatoria en ese plazo. En suma, para la sentencia, el hecho de que la reserva de dominio hubiera desaparecido por tales circunstancias imposibilitaba *ex lege* la convocatoria del concurso solicitado. A lo anterior añade un cierto reproche que se hace a la actuación de la demandante de amparo al indicar que nadie se había interesado por el espectro –ni la comunidad autónoma ni tampoco ningún sujeto privado– hasta dieciocho años después de la planificación, cuando ya había decaído la reserva.

2. Insuficiente identificación del problema constitucional planteado a partir del contexto en el que se adopta la decisión impugnada en amparo.

Esa respuesta nos parece insuficiente en tanto que meramente centrada en la legalidad ordinaria y elusiva del problema constitucional que en realidad se planteaba aquí: la incidencia en el denominado derecho de antena de la inactividad encadenada de dos administraciones públicas que se ha traducido en la imposibilidad fáctica de ejercicio de un derecho fundamental.

La cuestión constitucional a abordar, en definitiva, era si ante un derecho fundamental cuyo ejercicio presupone una determinada conducta de los poderes públicos (por lo que ahora interesa, la adjudicación de derechos de uso del espectro radioeléctrico), la administración puede conformarse con una interpretación formalista de la ley o si el art. 20.1 CE le obliga a realizar una interpretación que dote de la máxima efectividad posible a los derechos fundamentales implicados, especialmente en un contexto en que las dificultades para el ejercicio del derecho se deben precisamente a la inactividad de la administración.

La sentencia no destaca como merece, a los efectos de identificar la cuestión constitucional que se plantea, que la decisión de la administración responde a una circunstancia muy concreta, con la consecuencia de que se difumina el hecho de que estamos ante un caso en el que la inactividad administrativa ha perjudicado de forma directa el ejercicio de un derecho fundamental. La decisión impugnada en este proceso de amparo se adopta en un contexto caracterizado por la pasividad administrativa prolongada a lo largo del tiempo, tanto de la administración autonómica como de la estatal.

La autonómica, porque, una vez planificado el espectro radioeléctrico por el Estado, en el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, se reservaban tres bloques de frecuencia cuyos concursos debían convocarse en un plazo máximo de dieciocho meses, ya que, caso de no hacerlo, la reserva decaía y se excluía automáticamente de la planificación radioeléctrica. La administración autonómica no convocó concurso alguno.

La estatal, porque no hizo nada para subsanar el problema generado por la conjunción de la inactividad autonómica y la propia regulación estatal que, en la práctica, determinaba la caducidad de las frecuencias asignadas transcurrido un determinado plazo. La administración estatal no acometió la tarea de realizar nuevas planificaciones que hubieran permitido, al menos en teoría, nuevas convocatorias de concursos.

En suma, el problema constitucional que se suscita es si la inactividad, tanto del Estado (en materia de planificación) como de las comunidades autónomas (al no convocar concursos alegando el decaimiento de la reserva radioeléctrica por el transcurso del plazo de doce meses establecido en la LGCA), vulnera o no el derecho de antena como derecho de libertad de creación de medios de comunicación [art. 20.1.a) y d) CE], sin que exista una clara evidencia sobre la concurrencia de condiciones de carácter técnico obstaculizadoras del mismo. Así, lo que se plantea es si la falta de convocatoria de concursos impide la entrada de nuevos operadores, limitando el derecho de antena que forma parte del derecho a la libertad de información.

3. Omisión de determinados elementos en el análisis que lleva a cabo la sentencia.

En nuestra opinión, con el marco de análisis que se acaba de exponer, devenían relevantes varios elementos a los que la sentencia, muy centrada en la razonabilidad de la regulación de la LGCA, no otorga la consideración que merecen.

Hay que partir del hecho de que, *de facto*, ha existido una imposibilidad absoluta de ejercicio de un derecho fundamental durante un tiempo potencialmente ilimitado, derivado de la inactividad administrativa antes descrita.

Esa inactividad se basa en interpretaciones formalistas fundadas en el decaimiento de la reserva radioeléctrica que no se plantean la existencia de alternativas más favorables para el ejercicio del derecho. De hecho, la caducidad de la planificación transcurrido el plazo fijado por las normas estatales no significa que no haya espacio disponible en el espectro radioeléctrico sino, solamente, que ya no está previsto destinarlo a esa finalidad. Es posible que, a pesar de no haber sido planificado o haber caducado la planificación, el espectro esté disponible porque no se esté usando para otro destino y porque no se haya planificado para otro uso; aproximación esta que sería, además, la coherente con todas las previsiones legislativas nacionales y europeas que priorizan en este sector el uso eficiente del espectro y la competencia en el mercado. El art. 27.2 LGCA no habla de reserva, sino de existencia de espacio radioeléctrico suficiente.

Es indudable que la LGCA no permite a la comunidad autónoma convocar concursos si no hay espectro disponible, pero no le impide convocar previa comprobación de si lo hay a pesar de que la planificación haya caducado. En este caso, con un planteamiento que la sentencia no cuestiona, en ningún momento se planteó la administración autonómica la posibilidad de que existiera efectivamente espectro disponible para las eventuales licencias que quisiera convocar, ni consultó sobre este dato al titular del demanio (el Estado), sino que se conformó, sin más, con equiparar caducidad de la reserva a falta de espectro, a pesar de que se le puso de manifiesto que en otras comunidades autónomas dicha caducidad no ha impedido la convocatoria y adjudicación de licencias.

En suma, en esas circunstancias, consideramos que era necesario, al menos, reflexionar acerca de si la demora injustificada de los poderes públicos en el cumplimiento de sus obligaciones que, si bien no repercute en la ausencia de regulación de la actividad de radiodifusión digital, cierra en la práctica el acceso a nuevos operadores, cercena el derecho de antena y perjudica la libertad de comunicación e información. También hay que tener presente la naturaleza de la radio digital terrestre como servicio de interés general prestado sobre el dominio público radioeléctrico que genera obligaciones tanto para quien desea acceder al demanio y prestar el servicio de comunicación como para quien tiene encomendada la planificación, gestión y control de la utilización del espectro radioeléctrico. No se cuestiona que el motivo que puede justificar la restricción de los derechos a la libertad de expresión e información es la escasez del espectro radioeléctrico necesario para su ejercicio y que esa restricción se materializa en la exigencia de licencia. El problema no es ese sino la imposibilidad material de conseguir esa licencia, y, por ende, ni siquiera poder optar a la posibilidad de ejercicio efectivo del derecho, por la inactividad de dos administraciones públicas.

En otros términos, el presente recurso de amparo daba ocasión para analizar la trascendencia que cabe otorgar a la pasividad administrativa en casos como este en los que está en juego el ejercicio efectivo de un derecho fundamental, que queda impedido de modo absoluto. Nótese que el recurrente en ningún momento plantea que se derive de la Constitución un derecho a obtener de la administración la atribución de frecuencia, sino solamente que se lleven a cabo las actuaciones administrativas necesarias para poder, en su caso, optar a una atribución de frecuencia. Es decir, no cuestiona la *publicatio*, sino que lo que viene a pedir es que esa *publicatio* se haga efectiva, satisfaciendo así suficientemente las exigencias derivadas de las libertades fundamentales de expresión y de información que comprenden el derecho a crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible.

La Constitución, al consagrar el derecho a exponer y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [art. 20.1.a)] y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1.d)], consagra también el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades. La doctrina constitucional permite al legislador la regulación de este último derecho en atención a la existencia de otros bienes o valores constitucionales, pero le ha negado la posibilidad de que su inactividad produzca un perjuicio a un derecho que no depende de su reconocimiento por el legislador en cuanto que está consagrado en el texto constitucional.

El Tribunal hubiera debido reiterar que los que reconoce el art. 20.1.a) y d) CE son, ante todo, de derechos de libertad, lo que implica que deben ejercerse con ausencia de interferencias o de intromisiones injustificadas de las autoridades públicas en el proceso de comunicación. En este caso la intervención pública está indudablemente fundamentada en razones vinculadas a la gestión del espectro radioeléctrico como recurso escaso, pero esta sentencia hubiera debido dejar sentado con mayor rotundidad que esa gestión no justifica por sí misma una conducta de la administración que ponga en peligro el ejercicio de los derechos fundamentales antes mencionados.

Esa idea no es, en todo caso, nueva, pues ya subyace en el razonamiento de la STC 31/1994, de 31 de enero, FJ 7, en relación con la pasividad del legislador en la regulación de la televisión por cable. Pese a lo que sostiene la sentencia, para negar importancia a la doctrina citada, lo relevante no es tanto la modalidad de comunicación o de intervención. Lo relevante es que, requiriendo cualquier modalidad de comunicación de algún tipo de intervención (en ese caso del legislador, en este de la administración), la inactividad determina la afectación a un derecho fundamental. Estos argumentos no encuentran desarrollo suficiente en la fundamentación jurídica que conduce a la desestimación del recurso de amparo.

#### 4. Conclusión.

Así pues, la relación entre inactividad administrativa y condición de ejercicio del derecho de antena debería haber sido destacada expresamente por la sentencia. Y eso con independencia del carácter desestimatorio del amparo, pues es evidente que no estaba exclusivamente en manos de la administración autonómica acceder a lo solicitado. En todo caso, es de destacar que la nueva regulación de la Ley 13/2022, de 7 de julio, general de comunicación audiovisual, remite en la regulación de esta cuestión a la de los servicios de comunicación audiovisual televisivos en régimen de licencia (art. 76.4), a la que la sentencia alude y que contiene una regulación más matizada que permite al ahora recurrente en amparo volver a formular su solicitud.

En suma, no discrepamos de la desestimación del recurso de amparo, pues no se encontraba exclusivamente en manos de la comunidad autónoma que adoptó la decisión administrativa objeto del proceso la posibilidad de acceder a lo solicitado por la entidad recurrente, sin perjuicio de hacer notar que, dado el cambio normativo que se acaba de mencionar, un eventual otorgamiento del amparo hubiera devenido meramente declarativo y sin efectos para el caso.

Pero no podemos dejar de advertir que este tribunal ha desaprovechado la ocasión de resaltar la necesidad de que la intervención de los poderes públicos, cuando lo que está en juego es la efectividad de derechos fundamentales como los que se protegen en los arts. 20.1.a) y 20.1.d) CE, no puede limitarse a la inactividad o a una pura respuesta formal, sino que es precisa una actitud más diligente y, por tanto, favorable a la efectividad de los derechos en juego. La pasividad e inactividad de las administraciones públicas no se conforma con las exigencias que derivan del art. 20 CE para hacer real y efectiva la libertad de información y de expresión y el derecho a crear los medios de comunicación indispensables para el ejercicio de estas libertades.

Y este sentido emitimos nuestro voto particular.

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil veintitrés.–Enrique Arnaldo Alcubilla.–  
Concepción Espejel Jorquera.–Firmado y rubricado.