

LA TELEVISION POR CABLE EN ESPAÑA: ESTADO DE LA CUESTION

Por GUILLERMO ESCOBAR ROCA

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Alcalá

Diario La Ley Nº 5530, Año XXIII, 24 Abr. 2002, Ref.º D-112, pág. 1864, Tomo 3

LA LEY

2039/2002

Estudio del régimen jurídico vigente de la televisión por cable en España, con especial atención al conflicto abierto entre el Ministerio de Ciencia y Tecnología y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Se presta particular atención al problema de la entrada de nuevos operadores en el mercado, desde el punto de vista de las categorías constitucionales en juego.

I.

INTRODUCCION

La libertad de expresión a través de los medios de comunicación no ha tenido en España el apoyo decidido de los poderes públicos; es más, podría señalarse que la política hasta ahora seguida, en vez de limitarse a la mera abstención (*laissez faire, laissez passer*), ha tendido muchas veces a prohibir y castigar las iniciativas sociales en el sector ⁽¹⁾. Se trata de un hecho sin duda lamentable, escasamente atendido como merece, pues pone en cuestión la vigencia del art. 9.2 de la Constitución española (LA LEY 2500/1978)⁽²⁾, dificultando la consecución de la «sociedad democrática avanzada» a la que se refiere el Preámbulo de la misma norma fundamental.

Recordemos sumariamente algunos hitos de la política aludida, que ejemplificaremos en el problema particular del derecho a crear emisoras de televisión ⁽³⁾. Aquí el problema no es tanto la *publicatio* o no del sector como la limitación del número de operadores. Pues bien, como es sobradamente conocido, hasta 1988 la televisión privada estuvo prohibida en España, pues toda esta actividad era monopolio del Estado. Sólo con la Ley 10/1988, de Televisión Privada (LA LEY 859/1988), se abrió la posibilidad de que los particulares crearan una emisora de televisión, si bien limitándose a tres el número de concesionarios (art. 4.3 (LA LEY 859/1988)), lo que se justificaba «considerando conjuntamente cálculos de viabilidad económica para las empresas concesionarias, exigencias o limitaciones técnicas hoy existentes y el interés del público por una programación diversificada» (Preámbulo de la Ley (LA LEY 859/1988)). De los tres argumentos el único jurídicamente serio parecía el de las limitaciones técnicas ⁽⁴⁾, pero los tres fueron de forma indirecta avalados por el Tribunal Constitucional ⁽⁵⁾.

En otros ámbitos este argumento central de la escasez de frecuencias resultaba más discutible, pero lo cierto es que acabó imponiéndose sin apenas contestación. En la televisión local por ondas la Ley 41/1995 (LA LEY 4395/1995) sólo admitió un operador por municipio, o a lo sumo dos, «cuando no resulte incompatible con las disponibilidades del espectro radioeléctrico» (art. 4 (LA LEY 4395/1995)), pero lo cierto es que en muchos municipios (piénsese sobre todo en las grandes ciudades) nada impediría la presencia de un número de cadenas superior a dos. De nuevo el Tribunal Constitucional dará por buena esta limitación, también de forma indirecta y en relación con un problema distinto, el de la situación anterior a 1995, caracterizada por la ausencia de regulación legal de esta modalidad de televisión ⁽⁶⁾.

En el ámbito de la televisión por cable el argumento de la escasez de frecuencias carece, por definición, de sentido. Sin embargo, la Ley 42/1995 (LA LEY 4359/1995) (en adelante, LTC), tras dividir el territorio nacional en demarcaciones, sólo permitió la presencia de un nuevo operador (además de Telefónica) en cada una de ellas (art. 6.1 (LA LEY 4359/1995)) ⁽⁷⁾. Desde luego, resultaba técnicamente posible admitir un número ilimitado de operadores en cada demarcación, y ahora las razones que justifican la limitación son otras: «razones de tipo económico, por la inviabilidad de la operación en el supuesto de que proliferen los operadores, en atención al elevado importe de la inversión a efectuar» (Preámbulo de la Ley (LA LEY 4359/1995)) ⁽⁸⁾.

Comprobamos, en consecuencia, que desde 1988 hasta la actualidad (todas las limitaciones citadas continúan vigentes) la apertura a los particulares del mercado de la televisión se ha realizado de forma tímida y recelosa ⁽⁹⁾: tres operadores de televisión por ondas de ámbito nacional, dos de televisión por ondas de ámbito local y dos (uno de ellos *ex lege*) por demarcación de televisión por cable ⁽¹⁰⁾.

La valoración general que nos merece toda esta actuación de los poderes públicos es rotundamente negativa. A nuestro entender,

la libertad de creación de un medio de comunicación se encuentra protegida por la Constitución, argumento que se refuerza desde la constatación empírica de la falta de pluralismo en los medios hoy existentes

(11): cuanta mayor homogeneidad en los contenidos difundidos por los medios que dominan la audiencia (12), mayor necesidad de abrir cauces de expresión a nuevos agentes sociales.

La libertad de expresión es, sobre todo, la libertad de comunicación pública

(13)

y, si esta resulta difícil en los medios existentes, al menos debería permitirse la creación de otros medios.

En especial, la crítica debería centrarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en tanto este órgano (que por su composición y funciones debería defender la primacía de la Constitución sobre consideraciones de naturaleza técnica o económica) asume la trascendental función de decir la última palabra en materia de derechos fundamentales, sin posibilidad de ulterior recurso. La jurisprudencia vigente de mayor importancia es la contenida en las ya citadas sentencias del Tribunal Constitucional 127/1994 (LA LEY 17142/1994) y 88/1995 (LA LEY 13089/1995). En ellas, como en la lejana sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982 (LA LEY 13387-JF/0000) y pese a las esperanzas suscitadas por la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994 (LA LEY 2526-TC/1994), el derecho a crear el medio sigue sin tomarse en serio, presentándose finalmente como un *pseudoderecho* que queda enteramente en manos del legislador: una vaga referencia, no demostrada, a las «limitaciones técnicas» resulta suficiente para negar, lisa y llanamente, su misma existencia (14).

II.

EL REGIMEN JURIDICO VIGENTE DE LA TELEVISION POR CABLE

1.

La Ley 11/1998

El sistema de la LTC se fundaba en dos criterios esenciales: la división del país en demarcaciones y el principio de unidad de red (ley de telecomunicaciones por cable, no de televisión por cable). Esto último daba carta de naturaleza normativa, por vez primera en nuestro Derecho, al fenómeno de la convergencia, lo que fue saludado positivamente por la doctrina (15).

La *motorización* legislativa, especialmente patente en el sector de las telecomunicaciones, dio al traste con el modelo de 1995, incluso antes de concluirse su implantación: la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones (LA LEY 1675/1998) (en adelante, LGT), rompió la división del territorio nacional en demarcaciones y volvió a la tradicional separación entre telecomunicaciones, por un lado, y servicios de difusión, por otro. La implantación del nuevo sistema se hizo, sin embargo, de forma notoriamente ambigua (16), dado el tenor literal del cuarto párrafo de la disposición derogatoria única de la LGT (LA LEY 1675/1998), según el cual quedaba derogada «la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de las Telecomunicaciones por Cable, a excepción de lo dispuesto para el régimen del servicio de difusión de televisión. En especial, mantendrán su vigencia el art. 9.2 (LA LEY 4359/1995), primer párrafo; el art. 10 (LA LEY 4359/1995); el art. 11.1 e), f) y g) (LA LEY 4359/1995); el art. 12 (LA LEY 4359/1995), y los aps. 1 y 2 de la disposición adicional 3.ª (LA LEY 4359/1995)». Los artículos declarados expresamente vigentes son los que regulan los programadores independientes (art. 10 (LA LEY 4359/1995)), las obligaciones de emisión de otras programaciones (arts. 9.2 (LA LEY 4359/1995) y 11 (LA LEY 4359/1995)), los contenidos «que puedan atentar contra las normas de protección de la juventud y de la infancia y otros bienes o derechos protegidos» (art. 12 (LA LEY 4359/1995)) y las potestades de desarrollo de las Comunidades Autónomas (disposición adicional 3.ª (LA LEY 4359/1995)), complejo normativo que conforma el vigente régimen legal de la televisión por cable (17). A primera vista parecería así que tanto la declaración formal del servicio público de la televisión por cable como la división del país en demarcaciones, con la consiguiente limitación de un operador en cada una de ellas, han desaparecido, por cuanto los preceptos correspondientes

(arts. 1.1 (LA LEY 4359/1995) y 2 LTC (LA LEY 4359/1995), respectivamente) no aparecen entre los declarados vigentes. Esta interpretación resulta también la más coherente no sólo con el texto constitucional (por cuanto favorece un despliegue evidentemente mayor de la libertad de expresión), sino también con el modelo diseñado por la LGT, claramente favorable a la apertura del mercado y a la libre competencia entre operadores, sin limitación de número ⁽¹⁸⁾.

Es más: a nuestro entender, también la disposición transitoria 6.d) (LA LEY 1675/1998) de la LGT avalaba esta tesis, pues obligaba a quienes hubieran obtenido la concesión para operar en las demarcaciones de la LTC a solicitar la transformación de su título habilitante, antes del 31 de agosto de 1998, «en licencia individual o en autorización general», lo que conllevaría la «declaración de anulación del título habilitante inicial». Sobre un eventual mantenimiento de la inicial concesión en televisión por cable nada se decía, dándose incluso a entender, *a contrario*, que dicho mantenimiento no resultaba posible, habida cuenta de que la citada disposición transitoria sólo preveía dos posibilidades: o la transformación en licencia individual o la transformación en autorización general. *Tertium non datur*.

En consecuencia, con la mera lectura de la LGT parecería que, tanto desde la interpretación literal (preceptos declarados vigentes) como desde la finalista (intención de la LGT de apertura del mercado) y desde la sistemática o de conformidad con el art. 20.1 de la Constitución (LA LEY 2500/1978) podría llegarse a la misma conclusión: la televisión por cable ha dejado de ser servicio público y los preceptos vigentes de la LTC son básicamente los que regulan los contenidos de la programación ⁽¹⁹⁾.

2.

La Orden de licencias individuales de 22 de septiembre de 1998

Concluido ya el plazo previsto por la LGT (recuérdese: el 31 de agosto de 1998) para que los concesionarios de la LTC solicitaran la transformación de su título habilitante ve la luz la Orden Ministerial de 22 de septiembre de 1998 (LA LEY 3625/1998), por la que se establece el régimen aplicable a las licencias individuales para servicios y redes de telecomunicaciones y las condiciones que deben cumplirse por sus titulares (en adelante, OLI), que entró en vigor el 27 de septiembre siguiente. Por lo que aquí interesa, este reglamento innova claramente el ordenamiento, pues en la letra 2 b) de su disposición transitoria 1.^a (LA LEY 3625/1998) se va más allá de lo previsto (expresamente, al menos) en la LGT: «Los títulos habilitantes otorgados al amparo de la [LTC], se transformarán en los siguientes nuevos títulos: Licencia de tipo B1 y cuantas autorizaciones generales correspondan. *Además, se mantendrá vigente su actual concesión para los servicios de difusión*». De esta forma, se da al traste con la interpretación que juzgábamos más plausible, considerándose que subsiste el servicio público de televisión por cable tras la derogación de la LGT. Es decir, los arts. 1.1 (LA LEY 4359/1995) y 2 LTC (LA LEY 4359/1995), no expresamente declarados vigentes por la LGT, lo estarían sin embargo en relación con la televisión.

A nuestro entender, la frase transcrita en cursiva es inconstitucional, y ello desde argumentos puramente procedimentales, derivados de los principios nucleares de nuestro sistema de fuentes. Aun admitiendo, como parece razonable, que no existe en el Derecho español vigente una reserva general de ley, parece claro que con esta afectación a la libertad de expresión o, con mayor evidencia, a la libertad de empresa, se vulnera la reserva de ley contenida en el art. 53.1 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), en conexión respectivamente con los arts. 20.1 (LA LEY 2500/1978) y 38 (LA LEY 2500/1978) de la misma norma fundamental. Téngase en cuenta, nada menos, que

una disposición transitoria contenida en una orden ministerial ha consagrado en nuestro ordenamiento jurídico la persistencia de la

publicatio

de la televisión por cable, lo que se traduce, adjudicadas ya todas las demarcaciones, en la prohibición general de que nuevos operadores

⁽²⁰⁾

pongan en marcha emisoras de televisión. La afectación a las libertades de expresión y de empresa es evidente

3.

¿Es posible, de acuerdo con el Derecho vigente, que nuevos operadores presten servicios de televisión mediante redes de cable?

Como regla general, en Derecho español las normas jurídicas se aplican hasta que su invalidez sea formalmente declarada por el órgano competente para ello. En consecuencia, la disposición transitoria 1.ª.2 b) OLI (LA LEY 3625/1998) ha de aplicarse, hoy por hoy, *como si* fuera válida. La televisión por cable es un servicio público gestionado por dos concesionarios por demarcación: quien solicite prestar los servicios correspondientes verá denegada su solicitud y quien, sin contar con título habilitante alguno, se arriesgue a prestarlos, será con toda probabilidad sancionado por la comisión de la infracción prevista en el art. 80.5 LGT (LA LEY 1675/1998).

El mantenimiento del servicio público de la televisión por cable (y, con él, la limitación del número de operadores), pese a su muy defectuosa plasmación jurídica, parece una decisión política firme. No cabe esperar, por tanto, piruetas interpretativas de la Administración General del Estado que conduzcan a un resultado diferente. Sin embargo, podría resultar posible que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT), órgano independiente del Gobierno, se enfrentara a la política gubernamental, inaplicando la frase inconstitucional de la disposición transitoria OLI. Se impone comprobar entonces si, desde el punto de vista del órgano regulador, una tal excepción a la regla general resultaría jurídicamente posible:

1.º)

De entrada, se exigiría que un particular solicitara a la CMT un título para emitir, lo que (dejando de lado el problema de las concesiones especiales y provisionales) no se encuentra expresamente previsto en los listados de títulos otorgados por este órgano. En nuestro Derecho rige el principio de vinculación positiva de la Administración al bloque de la legalidad (principio de juridicidad), de forma tal que la Administración sólo puede actuar cuando una norma, legal o reglamentaria, así lo permita. Entre todas las actividades descritas en las dos Ordenes de 22 de septiembre de 1998 lo más similar a los servicios de televisión es la autorización general tipo C, consistente en «la prestación de servicios de transmisión de datos disponibles al público» (art. 3.3 OAG (LA LEY 3624/1998)). Lo cierto es que, como viene a afirmar la CMT, entendemos que por meras razones de coherencia del ordenamiento, en ella cabe una variada serie de servicios audiovisuales, pero no la prestación del servicio de televisión en sentido estricto. Tampoco resulta posible otorgar una autorización provisional (posibilidad prevista para el supuesto de inactividad reglamentaria), pues esta potestad se encuentra legalmente en manos del Ministerio (art. 14 LGT (LA LEY 1675/1998)) ⁽²¹⁾.

2.º)

Teniendo en cuenta que ninguna norma jurídica permite expresamente a la CMT conceder título habilitante para la prestación de servicios de televisión por cable, cabría en hipótesis que la propia CMT dictara dicha norma jurídica, pues cuenta con potestad reglamentaria. En principio, la descripción legal del ámbito material de dicha potestad bien admitiría esta posibilidad, entendiéndose que crear un título habilitante nuevo, innovando el ordenamiento, es una medida necesaria «para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios» audiovisuales ⁽²²⁾. Esa eventual Circular se enfrentaría sin embargo al problema de su discutible compatibilidad con la reserva de ley, siendo aplicable aquí, *mutatis mutandis*, la crítica realizada a la propia OLI. No parece razonable solventar el problema de un reglamento inconstitucional dictando otro reglamento también inconstitucional.

En consecuencia, entendemos que de acuerdo con el Derecho vigente no resulta posible que la CMT permita que nuevos operadores presten servicios de televisión por cable en España.

III.

EL CONFLICTO ABIERTO ENTRE LA COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y EL MINISTERIO DE CIENCIA Y TECNOLOGIA

1.

Tesis de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

La CMT acepta en la práctica la vigencia de la *publicatio* en el sector de la televisión por cable. Para este órgano existe, en consecuencia, un ámbito de actividades o servicios que sólo pueden prestarse mediante concesión administrativa, lo que equivale, hoy por hoy, a negar la entrada de nuevos operadores en ese mercado.

Ahora bien, que no pueda prestarse el servicio de televisión por cable no impide que puedan realizarse actividades similares o cercanas, cuya autorización corresponde precisamente a la CMT:

1.º)

La CMT puede otorgar una licencia individual tipo C1 para el establecimiento y explotación de una red pública que no implique el uso del dominio público radioeléctrico, sin que su titular pueda prestar el servicio telefónico disponible al público (art. 28 OLI). Así se hizo, por ejemplo, en tres Resoluciones de 19 de octubre de 2000 (TV por cable Santa Pola, S.L.; Cartagena de Comunicaciones, S.A.; e Ibertele, S.L.) y en una Resolución de 14 de diciembre de 2000 (Cablemurcia, S.L.U.)⁽²³⁾. Lo normal será que tales redes permitan técnicamente la prestación de servicios de televisión por cable, como viene a reconocer el art. 43 (LA LEY 1150/2000) de la Orden de 9 de marzo de 2000, por la que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Radioeléctrico (LA LEY 1150/2000)(RDPR), según el cual: «Las licencias B o C para la explotación o establecimiento de redes públicas de telecomunicaciones habilitan para el establecimiento o explotación de las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión»⁽²⁴⁾.

Pues bien, las cuatro empresas recién citadas, al solicitar a la CMT el otorgamiento de la licencia C1, manifestaron también su interés, de conformidad con el art. 43 RDPR (LA LEY 1150/2000), «en que la licencia que se les otorgue faculte para la explotación e instalación de estas redes», lo que fue reconocido en las correspondientes Resoluciones, en los términos siguientes: «La explotación de la red [...] habilita para el establecimiento y explotación de infraestructuras de red para prestar a terceros servicios de radiodifusión sonora y de televisión». Como se ve, la CMT concretaba así el ámbito de la licencia en términos sensiblemente distintos a los previstos por el RDPR («prestar a terceros servicios» en vez de «soporte de los servicios»), lo que podía prestarse a equívocos. En la posterior Resolución de 19 de abril de 2001 la CMT aclarará, de conformidad con la tesis de la vigencia del servicio público en el sector, que «estas licencias individuales no son, por sí mismas, título suficiente para dar cobertura a la elaboración y puesta a disposición del público de [determinados] contenidos o programaciones en cuanto esta actividad requiera un título habilitante específico».

2.º)

La CMT puede otorgar una autorización general tipo C para «la prestación de servicios de transmisión de datos disponibles al público» (art. 3.3 OAG (LA LEY 3624/1998)). En esta genérica categoría la CMT (Resolución de 8 de marzo de 2001, Teledistrito 4, S.L.) incluye, desde una interpretación claramente generosa del art. 3.3 OAG (LA LEY 3624/1998) («información, texto, imagen y sonidos» son considerados «datos»), todos aquellos servicios audiovisuales que no son estrictamente televisión⁽²⁵⁾.

Para ello la CMT parte, desde una consistente argumentación lógica, por definir previamente el concepto de televisión por cable. Utiliza para ello la definición del art. 42 a) del Real Decreto 2066/1996 (LA LEY 3208/1996), que aprobó el Reglamento de las Telecomunicaciones por Cable⁽²⁶⁾, del que deduce que dos son los elementos necesarios que ha de reunir este servicio: «que las imágenes y sonidos que se difundan constituyan una programación prefijada» y «que se dirijan de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios sin posibilidad de interactuar sobre el servicio». Conviene destacar que, de esta forma, la mera presencia de interactividad implica que estamos fuera del ámbito de la televisión por cable y por tanto de la *publicatio*⁽²⁷⁾.

Más en concreto, según la CMT pueden prestarse sin concesión, considerándose «servicios de transmisión de datos disponibles al público» (necesitados, por tanto, de una autorización general de tipo C) los siguientes:

a)

Videoconferencia, definido como un servicio suministrado con tecnología digital que transforma imagen y sonido en datos.

b)

Vídeo bajo demanda, consistente en un servicio interactivo personalizado que se presta a través de canales punto a punto dedicados, eligiendo el usuario un programa concreto a través de la red, que es ejecutado en un servidor remoto y visualizado en el domicilio del usuario en tiempo real, incorporando funcionalidades típicas de reproductor de vídeo, tales como avance rápido y parada de imagen.

c)

Vídeo casi bajo demanda, que se caracteriza por que el usuario puede solicitar la visión de un programa predeterminado (que se emite en varios canales con el mismo contenido retardados en tiempo indeterminado unos con respecto a otros), debiendo, para ello, en cada caso, mandar una orden al sistema a través del terminal de acceso del usuario, a fin de que el programa se cargue en la cuenta y se produzca un mandato de descodificación del programa que se desea ver ⁽²⁸⁾.

d)

Vídeo a la carta, consistente en la difusión de programas audiovisuales en la que el usuario final interactúa con la red para acceder al programa deseado, que le es suministrado en un momento prefijado por la red ⁽²⁹⁾.

Hay que tener en cuenta, por último, que otros posibles servicios audiovisuales difundidos por cable ni siquiera precisan título habilitante. A juicio de la Resolución de la CMT de 12 de julio de 2001 serían los dos siguientes:

a)

«Emisiones de televisión de operadores bajo la jurisdicción de otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que no interfieran técnicamente las que realicen regularmente las emisoras españolas ni vulneren las normas relativas a materias distintas a las reguladas en esta Ley» (art. 4 de la Ley 25/1994 (LA LEY 2499/1994)) ⁽³⁰⁾. En consecuencia, el titular de una licencia individual tipo C1 podría transmitir, en ejercicio de la libertad comunitaria de difusión y sin necesidad de título habilitante complementario, dichas emisiones.

b)

Servicios que no son considerados estrictamente servicios de telecomunicación: radio interactiva, juegos interactivos, información y noticias interactivas, teleproceso, telecompra, teletrabajo, telebanca, telerreservas, teleinformación y telelectura, entre otros.

2.

Tesis del Ministerio de Ciencia y Tecnología

Un grupo de concesionarios de cable ⁽³¹⁾ recurrió en reposición las ya citadas Resoluciones de la CMT de 19 de octubre y 14 de diciembre de 2000, por entender que con ellas se permitía la prestación de servicios de televisión por cable. La también citada Resolución de la CMT de 19 de abril de 2001 confirmó su doctrina anterior, dejando claro que de la expresión «La explotación de la red [...] habilita para el establecimiento y explotación de infraestructuras de red para prestar a terceros servicios de radiodifusión sonora y de televisión» no cabía deducir algo semejante.

El conflicto no acabó aquí, pues en junio de 2001 el Ministerio de Ciencia y Tecnología, a través del Director General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, presentó requerimiento de anulación (exart. 44 LJCA (LA LEY 2689/1998)) contra la última Resolución citada. El escrito ministerial se fundaba en dos argumentos, relacionados cada uno de ellos con las dos posibles actuaciones de la CMT en la materia:

1.º)

Insiste el Ministerio en que la CMT no puede permitir la prestación de servicios de televisión. En este punto la controversia es más ficticia que real, y no parece razonable la insistencia ministerial: la CMT ya dejó claro que la licencia, por ceñirse exclusivamente a lo dispuesto en el

art. 43 RDPR (LA LEY 1150/2000), no admite dicha prestación, y carece de sentido volver una vez más sobre el particular.

2.º)

El punto central de la argumentación del Ministerio reside, a nuestro entender, en la determinación del concepto de televisión. Si lo anterior, la explotación de la red para prestar tales servicios, no deja de ser una hipótesis, la explotación de otros servicios audiovisuales es ya un hecho. Aquí la Administración coincide con los actuales concesionarios en el interés de que otros operadores vean fuertemente limitadas sus posibilidades de expansión ⁽³²⁾. Olvida el Ministerio, sin embargo, que la Constitución ampara a estos operadores, y que el principio de interpretación de leyes y reglamentos de conformidad con la Constitución (art. 5.1 LOPJ (LA LEY 1694/1985)) es un mandato ineludible para los poderes públicos.

En su respuesta al Ministerio la CMT abunda en los argumentos en favor de la línea divisoria ya marcada entre el ámbito de la *publicatio* (servicios de televisión por cable) y el ámbito de las autorizaciones generales tipo C. En esta ocasión, la Resolución de 12 de julio de 2001 destaca con mayor claridad que la interpretación defendida es también la más coherente con la norma fundamental. Así, tras destacar la obviedad de que la difusión de cualquier mensaje o contenido se encuentra protegida por la libertad de expresión, viene a indicarse que sólo un límite justificaría prohibir dicha difusión: el mayor riesgo de afectación a la generación de la opinión pública libre ⁽³³⁾. Este mayor riesgo se presenta, a juicio de la CMT, cuando la interactividad no resulta posible: dado «el modo en que [la] programación completa se presenta a los múltiples espectadores, que la reciben al mismo tiempo sin capacidad de elección, modificación o respuesta», la influencia sobre esta audiencia (pasiva o cautiva, diríamos nosotros) resultaría mayor. No sirven, en consecuencia, ni el argumento de las limitaciones técnicas (absurdo en las redes de cable) ni la referencia a las «razones de tipo económico», contenida en el Preámbulo de la LTC ⁽³⁴⁾. Aunque, como después veremos, la utilización del límite del «riesgo de afectación a la generación de la opinión pública libre» pueda resultar criticable, la CMT realiza en su muy razonada Resolución de 12 de julio de 2001 una correcta depuración de aquellos límites irrazonables o carentes de sustento constitucional tradicionalmente esgrimidos para justificar la limitación de operadores y sitúa, con buen criterio, el problema en términos constitucionales. Lo que es mucho, dada la tradicional tendencia de la Administración a pasar por alto este planteamiento, que debía ser en todo caso el prioritario, dada la posición jerárquica de la norma fundamental en nuestro sistema de fuentes.

En consecuencia, la CMT mantiene todos sus argumentos, dotados ahora de una más completa fundamentación jurídica. Pese a ello, el Ministerio ha presentado recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional contra la desestimación de su requerimiento de anulación de junio de 2001. Se trata del primer recurso planteado por la Administración General del Estado contra un acto de la CMT, hecho que no debería sorprender y que incluso resulta saludable, pues demuestra que la independencia del órgano, legalmente garantizada, no es ficticia. El recurso ante la Audiencia Nacional no se resolverá antes de un año, pero parece lícito pensar que los tribunales mantendrán el contenido de la Resolución de la CMT en sus justos términos, dada la solidez jurídica de sus argumentos.

IV.

CONCLUSION

La solución de la CMT y su previsible consolidación jurídica no deja de ser un remiendo al ordenamiento, un parche que durará poco. Como en 1988 (limitada apertura del mercado de la televisión por ondas) y en 1995 (limitada apertura de los mercados de la televisión local por ondas y por cable), el legislador tendrá, antes o después, que permitir nuevos prestadores de servicios de difusión. La Constitución acabará imponiéndose, no en virtud de su fuerza normativa sino por la fuerza de los hechos, lo que no dice mucho sobre la eficacia real de nuestra norma fundamental, casi 25 años después de su aprobación. No puede perderse de vista que la política seguida por los poderes públicos en relación con la creación de medios de comunicación, con cuya crítica abríamos este trabajo, ha sido, en esencia, la de prohibir y castigar, permitiendo las iniciativas sociales tan sólo cuando éstas eran ya ineludibles.

El conflicto surgido entre la CMT y el Ministerio tiene la virtualidad de hacer patente la obsolescencia y contradicciones internas del régimen vigente de la televisión por cable en España, lo que cabe ejemplificar en las tres paradojas siguientes:

a)

El titular de una red pública de telecomunicaciones que no utilice el dominio público radioeléctrico dispone de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio público de televisión por cable, pero no puede explotar dicha infraestructura al carecer de concesión administrativa pertinente.

b)

El mismo titular puede difundir programación televisiva procedente de «operadores bajo la jurisdicción de otro Estado miembro de la Unión Europea», pero no la procedente de operadores bajo la jurisdicción del Estado español.

c)

El mismo titular puede también difundir todo tipo de servicios audiovisuales, siempre que éstos contengan algún elemento de interactividad. Podría, por ejemplo, difundir los programas audiovisuales emitidos por los actuales concesionarios, siempre que quedara en manos del usuario la elección de la hora a la que éste desea recibirlos.

Todos estos problemas habrían podido soslayarse si desde un comienzo los poderes públicos se hubieran tomado realmente en serio el art. 20.1 de la Constitución (LA LEY 2500/1978)⁽³⁵⁾. Al menos en el ámbito de las telecomunicaciones por cable creemos que ningún argumento sólido puede ya justificar la prohibición de nuevos operadores de televisión ⁽³⁶⁾. Siguiendo en todo los razonamientos de la CMT aquí expuestos, sólo uno quedaría en pie: el mayor riesgo de afectación a la generación de la opinión pública libre que se presenta cuando no cabe la interactividad. Aun entendiendo que este límite encuentra acomodo en el propio art. 20.1 de la Constitución (LA LEY 2500/1978), resulta evidente que la limitación a un operador por demarcación no resulta una medida adecuada, necesaria ni ponderada a la finalidad perseguida ⁽³⁷⁾; es más, podría incluso concluirse que la prohibición de nuevos operadores no sólo en nada ayuda a la «libre conformación de la opinión pública», sino que más bien contribuye a dificultar este proceso ⁽³⁸⁾.

(1) En relación con el tema que ahora nos ocupa, en similares términos se pronunciaba en estas mismas páginas, hace algo más de tres años, el muy crítico trabajo de J. C. BEATO FERNANDEZ, «La televisión local por cable: una realidad ausente en el Derecho de las telecomunicaciones», *La Ley*, núm. 4718, 1999, en el que se concluía afirmando que la actitud del poder público no parecía aquí muy distinta a la propia del Antiguo Régimen frente a la prensa («un intrincado sistema de autorizaciones, licencias y dispensas»), y que «los avances técnicos desactivan cualquier justificación de una regulación restrictiva [sobre un medio] con unas potencialidades de explotación casi ilimitadas». En este trabajo llegaremos a conclusiones similares. Ver texto

(2) Conviene recordar la literalidad del precepto, casi sorprendente en estos tiempos: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Ver texto

(3) Desde la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994 se entendió que el derecho a crear un medio de comunicación formaba parte del derecho fundamental a la libertad de expresión (la defensa más completa de esta tesis, en el ya clásico trabajo de F. J. BASTIDA, *La libertad de antena*, Ariel, Barcelona, 1990, *passim*). Conviene sin embargo adelantar que, como veremos, esta afirmación de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994 resulta excepcional y no ha sido coherentemente desarrollada en decisiones posteriores. Sobre este tema resulta fundamental J. GARCIA ROCA, «¿Existe un derecho a crear televisión?», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, 1996, págs. 147 y ss., trabajo en el que se concluye afirmando (págs. 177-179), a la vista del Derecho vigente, que la creación de empresas de televisión no es un derecho subjetivo sino una exigencia constitucional derivada de la faceta institucional de la libertad de expresión. Aun dando por buena esta original solución entendemos que ni siquiera esta tesis (que podríamos calificar de intermedia o moderada) resulta avalada por la jurisprudencia más reciente, contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 88/1995. Ver texto

(4) El argumento de la viabilidad económica, típicamente utilitarista, nos parece inadecuado: además de no contar con sustento constitucional, resulta claro que no podría prevalecer sobre un derecho fundamental. En cuanto al «interés del público por una programación diversificada», es también evidente su inadecuación: cuanto mayor número de concesionarios, mayor diversificación habrá, y no al revés. Ver texto

(5) La sentencia del Tribunal Constitucional 127/1994, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad presentados contra la Ley 10/1988, indicaba que, en realidad, la limitación del número de concesionarios no había sido recurrida. No obstante, tras enumerar los tres argumentos utilizados por el Preámbulo de la Ley señaló: «Son estos extremos que, en definitiva,

deben quedar dentro de la libertad de configuración normativa del legislador, salvo hipotéticos abusos en las restricciones que ni se detallan en las demandas ni se advierten fácilmente» (FJ 7). Se comprende así la escasa entidad de un derecho que tan fácilmente cede ante la intervención legislativa. Ver texto

(6) La sentencia del Tribunal Constitucional 88/1995 supuso un jarro de agua fría a las esperanzas suscitadas por la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1994. Se vuelve ahora a la línea inicial de la tan criticada sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982 (que había sido resucitada *obiter dicta* en la sentencia del mismo Tribunal 127/1994), abandonándose el tema a los designios legislador: «las limitaciones técnicas que impone la utilización del espacio radioeléctrico por parte de un número en principio ilimitado de usuarios hace indispensable la previa regulación del medio, *la cual sólo puede ser llevada a cabo por el legislador*» (FJ 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional 88/1995). Se entiende que desde este punto de vista difícilmente se pondría en cuestión la limitación legal de dos operadores por municipio. Ver texto

(7) Prescindimos aquí de la referencia al Derecho transitorio (concesiones especiales y provisionales), llamado por su propia naturaleza a desaparecer. Ver texto

(8) Insistimos en lo inadecuado del argumento (ver nota 4). Aunque no cabe descartar sin más la presencia de argumentos económicos (amparados en última instancia en el art. 38 de la Constitución), so pena de convertir en ingenuo o unilateral el razonamiento jurídico, entendemos que dichos argumentos carecen aquí de justificación, tanto por razones generales (el inaceptable paternalismo económico al que se refiere GARCIA ROCA en *op. cit.*, pág. 172) como del caso concreto; en este último sentido, M. CALVO CHARRO, *La televisión por cable*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 93; COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES, *Informe anual 1999*, pág. 158, y R. VENTURA FERNANDEZ, *La televisión por cable en España. Tendencias y estrategias*, EUB, Barcelona, 2000, pág. 207. Ver texto

(9) Como excepción, el mercado de la televisión por satélite se liberalizó en 1995 (Ley 37/1995). Dado el alto coste de estos servicios, la entrada de nuevos operadores es sin embargo muy difícil. Ver texto

(10) En este último caso, en la práctica nos encontramos con dos grandes operadores a nivel nacional (ONO y Auna Cable), dadas las alianzas empresariales acordadas después entre los concesionarios. En cuanto a Telefónica, operador *ex lege* en todas las demarcaciones, no ha comenzado aún a prestar televisión por cable, y no parece previsible que vaya a prestar este servicio en un futuro inmediato. Desde el punto de vista del usuario es evidente que las posibilidades de opción son mínimas, aun entendiendo (lo que resulta discutible, en todo caso) que el mercado geográfico relevante es nacional y no el propio de la demarcación; sobre este último punto, J. CREMADES y J. GERBOLES, «Problemas de acceso al mercado para los nuevos operadores de cable», en J. CREMADES y P. MAYOR MENENDEZ (coords.), *La liberalización de las telecomunicaciones en un mundo global*, LA LEY, Madrid, 1999, págs. 537-541. Ver texto

(11) Sobre las razones jurídicas de esta falta de pluralismo, últimamente G. ESCOBAR ROCA, *El estatuto de los periodistas*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 57 y ss. Ver texto

(12) Aunque es previsible que la situación cambie a medio plazo, hoy por hoy la audiencia continúa dominada por unos pocos medios tradicionales (televisión por ondas). Los datos de 2001 (*share*) del Estudio General de Medios son los siguientes: TVE-1, 29,7%; Tele 5, 21,2%; Antena 3, 19,5%; Autonómicas, 17,4%; La 2, 5,3%; Canal Plus, 2,8%; otras, 4,1%. Ver texto

(13) Cuando el mensaje alcanza una cierta difusión su protección constitucional se refuerza, pues entra en juego el llamado doble carácter de la libertad de expresión, según el cual el derecho no sirve sólo al interés de su titular sino que beneficia a toda la comunidad, y ello porque contribuye a la construcción de la opinión pública. Ver texto

(14) Conceptualmente un derecho fundamental se distingue de un mero derecho subjetivo sobre todo por su capacidad de resistencia frente al legislador. En otras palabras, si el legislador pudiera hacerlo fácilmente desaparecer no estaríamos en rigor en presencia de un derecho fundamental. Ver texto

(15) *Vid.*, p. ej., J. M. CHILLON MEDINA y J. F. MERINO MERCHAN, «Prólogo» a G. ESCOBAR ROCA (coord.), *Legislación sobre telecomunicaciones*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 23. Ver texto

(16) Es preciso denunciar que esta ambigüedad es cada vez más frecuente en nuestro ordenamiento, y ello hasta el punto de poner en grave riesgo la seguridad jurídica y en definitiva la vigencia del principio mismo del Estado de Derecho, tal y como ha puesto ya de manifiesto la mejor doctrina; por todos, E. GARCIA DE ENTERRIA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 2000. Ver texto

(17) A estos preceptos deberían añadirse los contenidos en la Ley 25/1994, aplicable también a la televisión por cable. Para un análisis general de todo este régimen jurídico remitimos a G. ESCOBAR ROCA, «La libertad de programación y sus límites», en E. ARNALDO ALCUBILLA y S. MONTEJO VELILLA (coords.), *Telecomunicaciones por cable*, LA LEY, Madrid, 2000, págs. 410 y ss. Ver texto

(18) El actual art. 86 TCE impone también esta interpretación, por cuanto aboga en general por la supresión de todos los «derechos especiales o exclusivos», tesis que se refuerza a la vista de las Directivas recientemente aprobadas sobre telecomunicaciones, no publicadas oficialmente en la fecha de cierre de este trabajo. Por su parte, la Resolución de la CMT de 12 de julio de 2001 ha subrayado con acierto la «dimensión expansiva» de los principios que inspiran el proceso de liberalización operado en el sector de las telecomunicaciones, dimensión que queda bien patente en el art. 3 LGT. Ver texto

- (19)** Así lo entendimos, desde la mera lectura de la LGT y en minoría en la doctrina, en G. ESCOBAR ROCA, «La libertad...», cit., pág. 429, y en G. ESCOBAR ROCA y J. M. CHILLON MEDINA, *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*, Dykinson, Madrid, 2001, págs. 160-161. Asimismo, T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «El sistema de transición de los derechos especiales o exclusivos a un escenario de competencia y la filosofía de la liberalización», *REDETI*, núm. 2, 1998, pág. 46, y C. GAY FUENTES, «Disposición adicional 9.^a», en E. GARCIA DE ENTERRIA y T. DE LA QUADRA-SALCEDO (coords.), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 753. Ver texto
- (20)** En esta mención a los nuevos operadores incluimos también a quienes han visto o verán caducadas sus concesiones provisionales y especiales. Ver texto
- (21)** Vid. G. ESCOBAR ROCA y J. M. CHILLON MEDINA, *La Comisión...*, cit., págs. 153-154. Ver texto
- (22)** Así lo entendimos en G. ESCOBAR ROCA y J. M. CHILLON MEDINA, *La Comisión...*, cit., pág. 326. Ver texto
- (23)** Todas las Resoluciones de la CMT pueden consultarse en <http://www.cmt.es>. Ver texto
- (24)** La liberalización del antes llamado servicio portador soporte de los servicios de difusión había sido consagrada en las disposiciones adicional 9.^a y transitoria 7.^a LGT. Ver texto
- (25)** Ciertamente es que, aunque inicialmente pudiera sorprender, el término datos (*data*) se entiende hoy en el lenguaje técnico en un sentido muy amplio, que incluye todo tipo de contenidos. Vid., p. ej., la definición de J. M. HUIDOBRO MOYA, *Redes y servicios de telecomunicaciones*, Paraninfo, Madrid, 2000, pág. 486: «Información representada en forma digital, incluyendo voz, texto, facsímil y vídeo». Esta amplia definición es consecuencia de la digitalización, que no permite distinguir la naturaleza de las señales transmitidas. Ver texto
- (26)** Este Reglamento puede considerarse vigente, para los servicios de difusión, en todo aquello que no contradiga una norma con rango de ley. Dispone el precepto citado: «Servicios de difusión de televisión por cable: son aquellos que consisten en la difusión mediante redes de cable de imágenes no permanentes con su sonido asociado, transmitidas en un solo sentido, codificadas o no, que constituyen una programación prefijada dirigida de forma simultánea a una multiplicidad de usuarios sin posibilidad de interactuar sobre el servicio». Ver texto
- (27)** Esta conexión entre televisión e imposibilidad de interactividad parece también implícita en la vigente definición *general* de los servicios de difusión del art. 25 LOT: «servicios de telecomunicación en los que la comunicación se realiza *en un solo sentido* a varios puntos de recepción simultánea». En la doctrina, desde el argumento de la liberalización de los servicios de valor añadido, J. M. DE LA CUETARA, R. ARIÑO y T. ZAGO, *Autorizaciones y licencias en telecomunicaciones*, Comares, Granada, 2000, pág. 325. Ver texto
- (28)** La naturaleza interactiva de estos servicios podría resultar discutible, pues nos encontramos ante una programación prefijada en la que únicamente se permite al usuario elegir entre una serie de horarios (multidifusión a distintas horas). De hecho, el Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 68-1, de 22 de febrero de 2002) considera estos servicios (que denomina de cuasivídeo a la carta) como televisivos (Anexo, A). Ver texto
- (29)** Este es el servicio que más problemas podría plantear, habida cuenta que en las Orden Ministeriales [ex disp. trans. 1.^a.6 d) LGT] de transformación de los títulos de la LTC, se consideraba comprendido en la concesión subsistente. Ahora bien, esta interpretación ministerial contradice claramente el art. 42 c) RTC, como con acierto indica la CMT en su Resolución de 12 de julio de 2001. Ver texto
- (30)** La expresión «las normas relativas a materias distintas a las reguladas en esta Ley» no puede amparar regímenes de autorización previa para la retransmisión por cable de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros. Sobre la libertad de difusión *vid.*, sobre todo, las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de septiembre de 1996, 29 de mayo de 1997, 14 de junio de 2001 y 21 de junio de 2001. Ver texto
- (31)** En concreto, las doce entidades siguientes, todas ellas sociedades anónimas: Cádiz de Cable y Televisión, Corporación Mallorquina de Cable, Valencia de Cable, Región de Murcia de Cable, Cable y Televisión de El Puerto, Albacete Sistemas de Cable, Cable y Televisión de Andalucía, Huelva de Cable y Televisión, Santander de Cable, TDC Sanlúcar, Mediterránea Sur Sistemas de Cable y Región de Murcia de Cable. Ver texto
- (32)** Una primera crítica habría que realizar al recurso de la Administración: ésta toma claramente partido por los intereses de un sector empresarial concreto, sin que quede clara su identificación con el interés general al que necesariamente ha de servir (art. 103.1 de la Constitución). Ver texto
- (33)** El argumento es tan viejo como poco convincente, y ni siquiera el Preámbulo de la LTC hace ya mención de él. Para una crítica general, F. J. BASTIDA, *La libertad de antena*, cit., págs. 155 y ss. y 225 y ss. Ver texto
- (34)** Ver nota 8. Ver texto
- (35)** Contundente la afirmación general de J. GARCIA ROCA (en *op. cit.*, pág. 176), con la que plenamente coincidimos: «el modo en que el legislador disciplina el servicio televisivo en sus distintos soportes no es el habitual en la regulación de un derecho fundamental, instrumental o no, sino que antes bien se asemeja a la ordenación de cualquier actividad administrativa, con mayor o menor grado de intervención pública, pero en la que no vienen directamente afectados derechos fundamentales». Ver texto

(36) Insistimos: el problema no es tanto la *publicatio* del sector como la prohibición de nuevos operadores. Desde la teoría de los servicios de interés general no habría dificultad en asignar, en su caso, a aquéllos, obligaciones especiales de servicio público, como p. ej. las de cobertura territorial. Sobre la utilización aquí de la categoría de los servicios obligatorios de telecomunicaciones (arts. 40-41 LGT), T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «El sistema...», cit., págs. 55 y ss., así como el Dictamen 809/2000, del Consejo de Estado (en <http://www.consejo-estado.es>). La más completa defensa de la televisión por cable como servicio de interés general en M. CALVO CHARRO, *La televisión por cable*, cit., págs. 229 y ss. Ver texto

(37) El test de constitucionalidad que han de aprobar las intervenciones sobre derechos fundamentales puede verse en G. ESCOBAR ROCA, «Derechos fundamentales e intervención administrativa», *La Ley*, núm. 4803, 1999. En general, argumentos en contra de la *publicatio* de la televisión por cable pueden verse en la muy construida tesis de M. CALVO CHARRO, *La televisión por cable*, cit., págs. 83 y ss. En esta dirección, entre otros, J. GARCIA ROCA, *op. cit.*, págs. 171-173; J. M. DE LA CUETARA, R. ARIÑO y T. ZAGO, *op. cit.*, pág. 326, y J. M. VILLAR URIBARRI, en *Comentarios...*, cit., pág. 790. Ver texto

(38) *Vid.*, a este respecto, nuestras consideraciones sobre Internet, aquí aplicables *mutatis mutandis*, en G. ESCOBAR ROCA, «Informe sobre la constitucionalidad de determinados preceptos del Proyecto de Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico», en <http://www.kriptopolis.com/net/article.php?sclass=484>. Ver texto