

## **AL EXCMO. SR. MINISTRO DE INDUSTRIA, TURISMO Y COMERCIO**

D. Andrés Tejero Sala, con D.N.I. nº 38.170.851-M y domicilio, a efectos de notificaciones, en Pº de la Castellana, 66, 28046 Madrid, en nombre y representación de la compañía mercantil **VEO TELEVISIÓN S.A.**, en calidad de Consejero Delegado de la misma, según resulta de escritura de apoderamiento (cuya copia obra en ese Ministerio) otorgada el 3 de mayo de 2001 ante el Notario de Madrid, D. José María Prada Guaita, con el número 1038 de su protocolo, ante V.E. comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

1º. Que, mediante acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000, se adjudicó a la entidad "Veo Televisión, Sociedad Anónima", una concesión para la prestación, mediante la emisión en abierto, del servicio público esencial de televisión, con arreglo a la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada y al pliego de bases del concurso para la adjudicación del servicio público de televisión, en régimen de gestión indirecta, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2000.

2º. Que, según resulta de la oferta formulada por Veo Televisión, S.A. y aceptada por la Administración, del título otorgado y del contrato administrativo existente entre la Administración y mi mandante (atenidos todos ellos al Pliego de bases que rigió el concurso) Veo Televisión, S.A. está habilitada para emitir televisión en abierto y no en régimen de acceso condicional. Nunca ha querido cambiar su régimen y sólo ha deseado poder prestar el servicio de televisión, cumpliendo el principio de pluralismo informativo que resulta del artículo 20 de la Constitución, sin poder contar, todavía a fecha de hoy, con una

tecnología hábil para ello.

3º. Que, con objeto de poder desarrollar su objeto social y llegar a los hogares de los ciudadanos, interesa a Veo Televisión, S.A., solicitar la modificación del título que le ha sido otorgado por el Consejo de Ministros, de modo tal, que se le asignen, temporalmente, unas frecuencias analógicas para que disponga de ellas, en tanto se produzca el mínimo grado de desarrollo de la televisión digital terrestre y una penetración mínima en los hogares de los españoles de la tecnología digital del 50%, con objeto de cumplir adecuadamente su finalidad propia y prestar el servicio público cuya gestión le ha sido concedida.

4º. Que, a estos efectos, formula las siguientes

## **ALEGACIONES**

**PRIMERA.- El alcance de los preceptos del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, 16 de junio, que regulan la modificación de las concesiones administrativas. La implantación de la tecnología digital, a fecha de hoy, se está retrasando, con independencia de que se prevean fechas más o menos próximas**

## **para la sustitución de la tecnología analógica por aquélla.**

El estado de desarrollo de la televisión digital terrestre en España es muy limitado. Ni el 3% de los hogares españoles tiene televisores que permitan la recepción de la señal digital terrestre.

El Consejo de Ministros aprobó el viernes 4 de febrero de 2005, un proyecto de Ley cuyo contenido no responde a su título (*“proyecto de Ley de Medidas Urgentes para el impulso de la televisión digital terrestre, de liberalización de la televisión por cable y de fomento del pluralismo”*) y que, realmente, persigue regular aspectos parciales del ámbito de la radiodifusión y de la televisión que afectan a muy concretas empresas de este sector.

En su artículo 2 prevé la derogación del apartado 3 del artículo 4 de la actual Ley de Televisión Privada que hace desaparecer el número de televisiones que pueden emitir con tecnología analógica a tres.

Son muchas las declaraciones realizadas por distintos responsables políticos del Gobierno en las que se recoge que podrá haber el número de televisiones analógicas que quepa en el espectro. Otras declaraciones recogen que se podría modificar, en breve, el régimen que resulta aplicable a una de las concesionarias habilitadas para prestar el servicio público de televisión, en régimen de acceso condicional (Sogecable, S.A.), haciendo desaparecer esta restricción y facultándola para emitir en abierto, provocando, como consecuencia, una mayor oferta con tecnología analógica, retardataria de la introducción real de la tecnología digital en los hogares españoles. De hecho, en la rueda de prensa que el presidente y el consejero delegado de Sogecable, S.A. han celebrado el 22 de febrero de 2005, afirmaron que *“el Consejo de Administración de Sogecable ha tomado, por unanimidad, esta decisión, que espera sea abordada en el Consejo de*

*Ministros del próximo viernes*". Sin perjuicio de que es evidente que ninguna empresa de televisión (tampoco Sogecable, S.A.) puede establecer el orden del día del Consejo de Ministros del próximo 25 de febrero, lo que es evidente es que Sogecable, S.A. va a pedir una modificación esencial de la concesión de la que es titular.

El mensaje que el Gobierno está dando es evidente: se retrasa la tecnología digital y se opta por incrementar la oferta de televisión analógica, dirigida al público en general.

La concesión otorgada a mi mandante le faculta para prestar el servicio público de televisión, emitiendo en abierto. Tiene el mismo alcance y las mismas características que las concesiones de las que son titulares Gestevisión Tele 5, S.A. y Antena 3 de Televisión, S.A.

Sólo cuenta con una limitación: debe emplear frecuencias digitales y no analógicas.

Otras concesionarias cuentan con otras limitaciones: por ejemplo, Sogecable, S.A., según el contrato celebrado con la Administración, la oferta que formuló en su día al presentarse al concurso y el acuerdo de renovación del título que le corresponde, está obligada a emitir 18 horas diarias en régimen de acceso condicional. Así resulta, a las claras, del acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2000 por el que se renueva la concesión de la que es titular Sogecable, S.A.

El acuerdo de renovación es muy explícito en cuanto a las condiciones por las que debe regirse la concesión y, a estos efectos, expresa, literalmente, lo siguiente:

*1º. La renovación se realiza en los términos establecidos en sendos contratos celebrados con las concesionarias, sin más modificaciones en*

*los mismos que las que derivan de la aplicación de normas legales y las contenidas en el Plan Técnico de Radiodifusión Digital Terrenal y el Reglamento que regula este servicio (aprobado por Real Decreto 2169/1998).*

*2º. Estas condiciones se reproducirán en el documento formalizador del contrato que se celebre, como consecuencia de la renovación.*

*3º. La entidad que emite, con arreglo a su oferta inicial y su contrato concesional, durante seis horas en abierto y **el resto en codificado y mediante el cobro de cuota de abono mensual a sus suscriptores, mantendrá este régimen en la renovación de la concesión, tanto en la explotación del canal analógico, como en la del programa digital.***

Estas condiciones deben reputarse como condiciones esenciales de la concesión otorgada a la entidad que emite en régimen de acceso condicional.

La limitación operativa que afecta a Sogecable, S.A. es de mucha mayor magnitud que la que afecta a Veo Televisión, S.A. Esta entidad, desde el momento en formuló su oferta y se le adjudicó la concesión de la que es titular, ha contraído la obligación de emitir, exclusivamente, en abierto y Sogecable, S.A. ha adquirido la obligación de hacerlo mediante régimen de acceso condicional. **La limitación operativa que afecta a Veo Televisión, S.A. es puramente técnica y el cambio de las condiciones técnicas, permite la modificación de un contrato administrativo (según la doctrina y la jurisprudencia que han interpretado el artículo 101 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio que no es distinta de la**

**que interpreta los artículo 59 y 163 del propio texto normativo). Las limitaciones que afectan a Sogecable, S.A. para emitir en abierto, no son técnicas sino que afectan a la oferta que ella formuló para optar a la concesión que se le adjudicó, a las obligaciones asumidas en el contrato y a las condiciones previstas en el acuerdo del Consejo de Ministros que le renueva la concesión de la que es titular. Sogecable, S.A. tiene limitaciones sustantivas para emitir en abierto que inciden en la esencia misma del régimen jurídico administrativo que le es aplicable como televisión de pago.**

*“Urbi et orbi”* los representantes políticos del Gobierno expresan, en muy distintos medios, que es mejor para el pluralismo informativo que puedan recibir la señal de Canal + todos los ciudadanos y no sólo aquellos que pagan su cuota. Esta justificación es perfectamente trasladable a la necesidad de que Veo Televisión, S.A., emita con tecnología analógica. Es mejor que puedan recibir los servicios de Veo Televisión, S.A. todos los ciudadanos y no sólo los pocos que cuentan con un receptor que les permite recibir la señal digital. Si no, parafraseando palabras de la Excm. Sra. Vicepresidenta Primera del Gobierno, que se lo pregunten a los ciudadanos, en la misma consulta que se formule respecto de la posible emisión en abierto por Sogecable, S.A.

Además, hay una diferencia esencial entre la modificación que solicita Veo Televisión, S.A. y la que insta Sogecable, S.A. respecto de sus títulos habilitantes. Veo Televisión, S.A., en su oferta, propuso emitir en abierto y recibió una concesión administrativa que le permitía ese tipo de emisión. Sogecable, S.A., en su oferta, solicitó emitir mediante acceso condicional y a través del pago de la oportuna cuota por los abonados, ya que, con arreglo a su plan de negocio, no le resultaba rentable la emisión en abierto. A pesar de que el pliego de cláusulas administrativas a cuyo amparo solicitó Sogecable, S.A. la concesión, no

preveía la emisión en régimen de acceso condicional, dicha concesión le fue otorgada por el órgano de contratación, habilitándosele para emitir 18 horas diarias en régimen de acceso condicional y sólo 6 en abierto. Ahora, es la rentabilidad de Sogecable, S.A. la que lleva a ésta a pedir una modificación de su concesión sin que sea sostenible que dicha modificación se ampare en el interés público (tal y como exigen los artículos 59.1, 101.1 y 163.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) sino en el puro interés particular no protegido por la norma.

Es más, desde el punto de vista del pluralismo informativo y del cabal entendimiento del artículo 20 de la Constitución, el concepto de pluralismo no es patrimonio de nadie y, menos que de nadie, de ningún medio por mucha fortaleza e influencia que éste tenga.

Desde el punto de vista del pluralismo, resulta conveniente que Veo Televisión, S.A. supere sus limitaciones tecnológicas y se le afecten frecuencias que le permitan emitir con tecnología analógica. La tecnología es adjetiva y no afecta a la esencia misma del contrato administrativo, como sí ocurre con el régimen de emisión. De hecho, todos los pronunciamientos de la Comisión Europea sobre tecnología de los cuatro últimos años preconizan el principio de *“neutralidad tecnológica”* (véase el Informe sobre Neutralidad Tecnológica evacuado por el Comisario europeo encargado del desarrollo de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías, Erkki Liikanen), de modo tal que la tecnología nunca pueda ser un límite para la prestación de los servicios.

Aunque en la nota emitida el 23 de febrero de 2005 por el Gabinete del Ministro de Industria, Turismo y Comercio se dice que el procedimiento a seguir para la modificación de la concesión instada por Sogecable, S.A. es el previsto en los artículos 59 y 163 del texto refundido de la Ley

de Contratos de las Administraciones Públicas, **mi representada entiende que, en todo caso, es aplicable el artículo 101 del mismo cuerpo normativo** pero deja al criterio de la Administración la determinación del procedimiento a seguir para la modificación de la concesión solicitada por Veo Televisión, S.A., siempre que sea el mismo que se aplique a la solicitud que haya formulado o pueda formular la primera empresa citada. En todo caso, se sustenta que debe aplicarse el procedimiento general para cualquier modificación de los contratos administrativos, para evitar cualquier vicio de tramitación que perjudique derechos de terceros o la garantía de su plena legalidad.

El artículo 101 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas prevé, en su apartado 1, lo siguiente: “*una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones **por razón de interés público** en los elementos que lo integran, **siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente**”.*

Es evidente que afecta al interés público (también recogido como límite para la modificación de cualquier contrato concesional en los artículos 59.1 y 163.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) que una empresa que está habilitada, desde hace cuatro años, para emitir televisión en abierto (Veo Televisión, S.A.), pueda hacerlo, sin restricciones.

No se pretende por Veo Televisión, S.A. el cambio de su régimen de emisión sino, simplemente, la asignación, puramente provisional, de frecuencias analógicas que le permita emitir en abierto, del mismo modo que lo hacen las empresas Antena 3 de Televisión, S.A. y Gestevisión Tele 5, S.A. Esta asignación debería hacerse hasta que el



grado de penetración en los hogares españoles de televisores digitales cubra el 50%, lo que será fácil de acreditar en función de las encuestas que lleve a cabo el Instituto Nacional de Estadística.

Hay causas nuevas y necesidades técnicas sobrevenidas que aconsejan la asignación de las frecuencias oportunas a Veo Televisión, S.A., para que pueda emitir con tecnología analógica.

Hoy, no hay prácticamente televisores que permitan recibir la señal digital. En el año 2000, cuando se adjudicó el título, la previsión era otra. Es más, el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, que aprueba el Plan de Televisión Digital Terrenal, prevé, en el artículo 7 de su anexo, un calendario de introducción e implantación de la televisión digital que ya se ha agotado. A pesar de haberse agotado, la inactividad de las Administraciones Públicas y el desinterés de los fabricantes, ha determinado que el grado de penetración de la televisión digital en los hogares sea prácticamente nulo.

Ahora se dice por representantes del Gobierno que se van a tomar unas medidas que van a ser las definitivas y las determinantes para el desarrollo de la televisión digital terrestre. Las medidas que, no obstante, se anuncian por el propio Gobierno, parecen dirigidas en sentido diametralmente opuesto.

Además, no depende la consecución del objetivo de digitalización de la señal de televisión de la pura actuación administrativa, sino de la actuación empresarial, del sector y de los propios ciudadanos que deben invertir cantidades importantes en acceder a nuevos televisores y que a día de hoy, se ven impedidos de recibir la señal que emite mi representada.

Veo Televisión, S.A. desea ser un elemento que contribuya al

pluralismo informativo real y no puede hacerlo por razones exclusivamente tecnológicas.

**SEGUNDA.- Modificaciones que se solicitan del título otorgado a mi representada.**

Se desea, simplemente, que se faculte a mi representada para que, desde el momento en que se dicte la oportuna resolución modificando el título de Veo Televisión, S.A. hasta que el grado de penetración, según las encuestas que lleve a cabo el Instituto Nacional de Estadística, de los televisores hábiles para recibir la señal con tecnología digital, sobrepase el 50%, se le asignen frecuencias que le permitan desarrollar su actividad con tecnología analógica.

Esas frecuencias pueden tener como procedencia aquellas que resulten abandonadas por otro operador que sea concesionario con arreglo a la propia Ley de Televisión Privada y que desee alterar elementos esenciales del contrato y, como consecuencia de ello, éste sea resuelto por la Administración, denegándose la modificación que se pide por no estar atendida al artículo 101 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Cuando un operador se ha comprometido, desde el principio, a emitir en acceso condicional y al renovársele la concesión de la que es titular, se ha previsto como elemento esencial para la renovación que emita la mayor parte del día (18 horas) mediante acceso condicional, no puede admitírsele que cambie sustancialmente su régimen y lo procedente es que se rescate la concesión y se reciba por la Administración el espectro afectado y se destine a otros fines.

También pueden proceder las frecuencias cuya asignación pide mi representada de una revisión urgente del cuadro nacional de atribución

de frecuencias y de la afección a la tecnología analógica de frecuencias destinadas para otros usos.

La modificación contractual que se pide por Veo Televisión, S.A. no comporta, en modo alguno, el otorgamiento de una nueva concesión distinta de la que ya le ha sido adjudicada y afectaría al contenido de las siguientes bases del Pliego de bases que rigió la concesión de la que es titular, aprobado por acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2000 (se indica en negrita el alcance de la modificación propuesta):

## **“TÍTULO V**

### ***Régimen del Servicio***

#### ***Base 35. Características técnicas del servicio.***

*Las características técnicas del servicio se ajustarán a lo establecido en el Plan Técnico Nacional de la TDT, aprobado por el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, en el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias, en las recomendaciones e informes de la UIT, de la CEPT, el ETSI, las normas DVB-T, presentes y futuras, en la norma europea ETS 300 744, los procedimientos de coordinación internacional previstos en el Acuerdo de Estocolmo de 23 de junio de 1961, el Acuerdo de Ginebra de 8 de diciembre de 1989, el Acuerdo de Chester de 25 de julio de 1997, y, en general, en las recomendaciones e informes emanados de los grupos de trabajo dependientes de organismos internacionales de telecomunicaciones que pudieran vincular al Estado Español, tendentes a armonizar el servicio de TDT e introducirlo coordinadamente y en las presentes bases.*

**No obstante, hasta que se dicte la oportuna resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información que recoja que, con arreglo a la correspondiente encuesta del Instituto Nacional de Estadística, el porcentaje de penetración en los hogares españoles de televisores digitales es igual o superior al 50%, la entidad concesionaria Veo Televisión, S.A. recibe, como afectas a la concesión de servicio público de televisión de la que es titular, las frecuencias analógicas que, a tal efecto, recoge el cuadro nacional de atribución de frecuencias (su determinación exacta corresponde a la Administración).**

***Base 36. Plan de frecuencias y calendario de disposición del espectro.***

*El plan de frecuencias para la implantación del servicio de TDT por parte de los concesionarios se incluye en el apéndice II del presente pliego de bases, e incluye la reserva de los dos programas (3 y 4) del canal múltiple A en la banda de 830 a 838 Mhz.*

*Los concesionarios dispondrán del espectro mencionado en todo el territorio nacional a partir del momento de la firma de los contratos concesionales por los que se adjudican los programas objeto del presente concurso, con las particularidades que se indican en el siguiente párrafo.*

**Además, la concesionaria Veo Televisión, S.A., recibe para su explotación, en todo el territorio nacional, desde el momento de la modificación del título concesional del que es titular, las frecuencias analógicas a las que se refiere la base precedente.**

*La **Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información** establecerá los criterios de utilización de los canales radioeléctricos en zonas fronterizas sujetas a las limitaciones impuestas por las coordinaciones internacionales de frecuencias.*

**Base 37. Asignación de frecuencias.**

*Los concesionarios vendrán obligados, con carácter previo a la puesta en funcionamiento de cada centro emisor o remisor, a presentar el correspondiente proyecto técnico a la **Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información** para su aprobación, a efectos de la correspondiente asignación de frecuencias e inspección de las instalaciones radioeléctricas.*

*Los referidos proyectos definirán completamente la red de transmisión, distribución y difusión del servicio de TDT **y de las frecuencias analógicas asignadas transitoriamente**, incluyendo la relación de cada uno de los centros emisores y reemisores, con indicación de sus características técnicas y de zonas de cobertura, centros de control, cabeceras y medios de enlace entre centros”.*

Además, debe procederse a la modificación de cualesquiera bases o cláusulas contractuales concordantes con la modificación propuesta, de modo tal que mi representada pueda, transitoriamente, prestar el servicio de televisión con tecnología analógica, conservando plena vigencia el resto de las obligaciones que resulten del título concesional del servicio público de televisión privada del que ya es titular.

En virtud de lo expuesto, a V.E.

**SOLICITO:** Que tenga por presentado este escrito y eleve al Consejo de Ministros una propuesta para la modificación de la concesión para la

prestación, mediante la emisión en abierto, del servicio público de televisión de la que ya es titular mi mandante, asignándole frecuencias que le permitan emitir con tecnología analógica, en todo el territorio del Estado, hasta que el grado de penetración en los hogares españoles de televisores hábiles para recibir la señal emitida con tecnología digital terrestre, supere, según las encuestas que oportunamente realice el Instituto Nacional de Estadística, el 50%.

Es justicia.

**OTROSÍ DIGO:** Que, ha podido iniciarse o puede iniciarse de modo inmediato por Sogecable, S.A., un procedimiento tendente a la modificación del título concesional del que es titular Sogecable, S.A.

Esta compañía está obligada a emitir, exclusivamente, mediante acceso condicional 18 horas al día y en régimen abierto las 6 horas restantes (con arreglo al acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de marzo de 2000 que, como se ha expresado, prorrogó la eficacia de su concesión). Según han expresado distintos medios de comunicación, esta compañía desea que se le transforme la concesión de la que es titular que le faculta para operar en régimen de acceso condicional, permitiéndosele emitir en abierto.

Siendo así que la prosperabilidad de su petición podría impedir a mi representada, habilitada desde el principio para emitir en abierto, la consecución de su legítimo derecho a recibir frecuencias analógicas, interesa a ésta que se tramiten conjuntamente la petición formulada por Sogecable, S.A. y la que ahora formula Veo Televisión, S.A. y que ambas sean informadas, al mismo tiempo, por el Consejo de Estado (salvo que se considere que este tipo de modificaciones no requiere dicho dictamen) y resueltas, también al mismo tiempo, por el Consejo de Ministros, con objeto de no perturbar el pluralismo informativo y la

igualdad de oportunidades de las empresas para trasladar sus mensajes a los ciudadanos.

Sorprende a Veo Televisión, S.A. el contenido de la nota emitida por el Gabinete del Ministro de Industria, Turismo y Comercio el 23 de febrero de 2005, en la que se expresa que la modificación de la concesión de la que disfruta Sogecable, S.A. no requiere de una garantía esencial en el procedimiento que es la que constituye el dictamen del Consejo de Estado. El incumplimiento de esta garantía podría determinar la nulidad de pleno derecho de la resolución que se dicte.

En todo caso, si se reputa que la modificación del contrato supone una alteración en su valor económico superior a un 20% del precio primitivo y éste (el primitivo) es igual o superior a 6.010.121,04 euros, será preceptivo el previo informe del Consejo de Estado, con arreglo a lo previsto en el artículo 59.3.b) y en el artículo 101.3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (se requerirá, además, informe de la Abogacía del Estado del Ministerio). Ese importe se va a exceder porque todavía restan más de cinco años de vigencia de la concesión y la cuantificación de su interés económico, cualquiera que sea el parámetro que se emplee, es muy alta.

Lo que, desde luego, no recoge la Ley es que la improcedencia de solicitar informe al Consejo de Estado derive (como expresa la nota citada del Gabinete del Ministro) del hecho de que se haya formulado una *“petición del concesionario”*. La elusión del dictamen implicará, además, una infracción, como se ha expresado, de los artículos 59.3.b) y 101.3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sólo estaría justificada por una precipitación no amparada por el ordenamiento jurídico ni por la salvaguarda del interés público.

Mientras que mi representada está ya habilitada para emitir en abierto y no cuenta con la asignación de frecuencias analógicas, Sogecable, S.A. sí cuenta con frecuencias analógicas pero está habilitada, exclusivamente, para emitir mediante acceso condicional y mediante el pago de cuota de sus abonados 18 horas al día y en abierto las 6 restantes. Además, **Sogecable, S.A., en la oferta que en su día formuló ante la Administración, expresaba que una de las ventajas de ésta radicaba, precisamente, en que se proponía emitir en régimen de acceso condicional, sin perturbar el reparto del mercado publicitario entre las empresas que emitan en abierto. El órgano de contratación (el Consejo de Ministros) asumió este argumento y le obligó a emitir la mayor parte del día en régimen de acceso condicional.**

Son muchas las causas que abonan que sea Veo Televisión, S.A., empresa independiente en el sector y que no cuenta con elementos tecnológicos distintos de los derivados de la concesión de la que es titular, para poder desarrollarse y emitir una señal que llegue al conjunto de los televidentes españoles, la que se beneficie de la modificación de la concesión que propone.

Ni en la oferta que mi mandante formuló en el concurso en el que se le adjudicó la concesión de la que es titular ni en el contrato que formaliza ésta, se recoge que mi representada deba emitir en régimen de acceso condicional. Lo hace, desde el principio, en abierto, sin cuotas, sin descodificadores, sin limitaciones.

Con la única finalidad de contrastar la petición que formula mi representada y la que ha anunciado que va a formular Sogecable, S.A., se contrastan ambas:



1º. La petición que formula Veo Televisión, S.A. encuentra su amparo en el artículo 101 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en los artículos 59.1 y 163.1 del mismo cuerpo normativo y no tiene dicho amparo la pretensión que formule o vaya a formular Sogecable, S.A. y, por ello, se quiere tener un pronunciamiento expreso que reconozca a mi representada la modificación de su título y se le permita la emisión en abierto, empleando frecuencias analógicas.

En el cuerpo de este escrito se ha justificado por qué la solicitud que formula Veo Televisión, S.A. tiene su pleno amparo en el interés público (permitir que una empresa habilitada ya para emitir en abierto haga llegar su señal a los hogares de los ciudadanos) y, al propio tiempo, encuentra su justificación en necesidades nuevas o causas imprevistas, derivadas del retraso de las previsiones de digitalización de la señal por causas absolutamente ajenas a dicha entidad.

2º. Por contra, el cambio del régimen aplicable a su contrato administrativo que solicite Sogecable, S.A. sólo podría pretender fundarse en las previsiones contenidas en el propio artículo 101 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. El referido precepto prevé, en su apartado 1, lo siguiente: ***“una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”***.

Se plantea la cuestión de que si los motivos que determinan la voluntad de modificar el contrato responden a necesidades nuevas o causas imprevistas (no cabe eludir esta exigencia pretendiendo hacer pivotar la

modificación, exclusivamente, en los artículos 59.1 y 163.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, porque ello significaría violentar las categorías aplicables a la contratación pública y el régimen general aplicable a la misma).

Parece que estas “*necesidades nuevas o causas imprevistas*” que imperativamente debiera justificar Sogecable, S.A. (con arreglo al artículo 101.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuya aplicación no se puede eludir), se fundamentan en la circunstancia de que el grupo empresarial en el que se integra la concesionaria cuenta con la posibilidad de prestar servicio de acceso condicional, empleando tecnología por satélite y, en la actualidad, un número muy importante de sus abonados han sido traspasados a la plataforma de satélite, abandonando la suscripción al canal analógico que se emite en régimen de acceso condicional. Esto no justifica la existencia de un interés público en la modificación de la concesión (como exige los tres preceptos tantas veces citados del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), sino, simplemente, que existe un interés particular de Sogecable en incrementar su cuota de mercado en el ámbito de la televisión.

Sin embargo, esta realidad la tuvo en cuenta el órgano de contratación (el Consejo de Ministros) en el momento en que renovó la concesión de la que es titular Sogecable, S.A.

A estos efectos, debe expresarse lo siguiente:

1º. En el año 2000, ya existía Canal Satélite Digital, emitiendo su programación a través de satélite, con un gran número de programas y, ya entonces también, se conocía el deseo por parte de Sogecable, S.A. de emplear su canal analógico para emitir en abierto. Siendo así, se decidió, no obstante, renovar en idénticas condiciones y no en otras,

la concesión otorgada. En el acuerdo del Consejo de Ministros que renovó la concesión, se exigía a la concesionaria emitir la mayoría de su programación en régimen de acceso condicional y a cambio del pago de la correspondiente cuota.

2º. No puede entenderse, por lo tanto, que se esté ante necesidades nuevas porque las necesidades, si las hay, las había ya, también, en 2000 y fueron orilladas por el órgano de contratación.

3º. Tampoco puede decirse que se esté ante causas imprevistas porque se sabía ya entonces cuál era la situación de Sogecable, S.A. y, a pesar de ello, se le renovó la concesión en condiciones muy concretas y detalladas comprendidas en el acuerdo de renovación citado.

Siendo así que el régimen de prestación de servicio público de televisión se encuentra sujeto a concesión administrativa y que, al propio tiempo, se prevé que a dicha concesión se accederá sólo mediante concurso y siendo así, también, que existen entidades interesadas en la prestación del propio servicio, la regla general debe ser el establecimiento de un régimen de concurrencia y no la sustitución de elementos esenciales de un contrato para permitir al antiguo contratista su supervivencia y su proyección en condiciones muy diferentes de aquellas que determinaron su selección. Ello lesionaría, además, el principio de pluralismo informativo y el de libertad de información, consagrados ambos en el artículo 20 de la Constitución.

Se produce una mengua del derecho fundamental de libertad de expresión, consagrado en el artículo 20 de la Constitución, aplicando acomodaticiamente el alcance del artículo 101.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. El concepto jurídico indeterminado de necesidades nuevas o causas imprevistas

debe ser interpretado de modo tal que se permita, en el mayor grado posible, el pluralismo informativo y, desde luego, la concurrencia de empresas a la hora de acceder a cualquier concesión administrativa. Si la concesión se pretende modificar hasta el punto de alterar las condiciones esenciales de la misma, que fueron recogidas, con toda claridad, en el acuerdo de renovación de la concesión de la que es titular Sogecable, S.A. la interpretación que debe hacerse por la Administración de los artículos 59.1, 101.1 y 163.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas debe ser la más idónea para que el artículo 20 de la Constitución despliegue toda su eficacia y debe determinar, a las claras el rescate de la concesión de la que es titular Sogecable, S.A. y la convocatoria de un nuevo concurso.

Sin embargo, la situación de Veo Televisión, S.A. es bien distinta. Esta entidad ha sido habilitada, desde el primer momento en que se le adjudica su concesión como televisión privada, al amparo de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, para emitir en abierto. No quiere que se le cambie este régimen sino, simplemente, que se produzca un puro ajuste tecnológico que le permita llegar a los hogares de los ciudadanos. La modificación que solicita sí encuentra amparo en los tres citados preceptos del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Además, debe expresarse, respecto de Sogecable, S.A., que no hay necesidades sobrevenidas respecto de la situación existente en 2000, cuando se renueva la concesión. Entonces ya se sabía la proyección de Sogecable, S.A. en el ámbito del satélite y la circunstancia de que esta empresa operaba mediante el sistema de acceso condicional tanto a través de satélite como a través del canal analógico cuyo régimen de explotación se quiere modificar muy sustancialmente.

Por otra parte, no era imprevisible la situación actual. Antes al contrario, en 2000 era plenamente previsible y, con todo, la renovación de la concesión se hizo en las condiciones que se recogen en el acuerdo de renovación.

El ejercicio del poder de modificación del contrato administrativo sólo podría ejercerse por la Administración previo dictamen del Consejo de Estado (eludir, como se ha dicho, el referido trámite determinaría la nulidad del procedimiento). De ahí que la doctrina del Alto Cuerpo Consultivo en la materia resulte aquí de particular interés.

Un amplio resumen de dicha doctrina aparece en el dictamen del Consejo de Estado de 13 de marzo de 2003 (expediente nº 3348/2002), del que se citan a continuación varios párrafos, que a su vez contienen remisiones a otros dictámenes anteriores. En este dictamen, se recoge lo siguiente:

*“Como se expuso en el dictamen del Consejo de Estado nº 1598/2002, el interés público debe conjugarse en los contratos administrativos con el principio establecido en el Código Civil de acuerdo con el cual “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos” (artículo 1091). Para lograrlo se atribuye a la Administración la prerrogativa exorbitante de modificación unilateral de los contratos (“ius variandi”, establecida en el artículo 60 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas). En el dictamen nº 42.179, de 17 de mayo de 1979, se aclaró que “esta naturaleza singular y privilegiada del “ius variandi” exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley.*

*Uno de estos límites resulta ser la exigencia de que la modificación contractual esté “respaldada o legitimada por un interés público claro,*

*patente e indubitado” (dictamen nº 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes nº 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991) y que, además, “tal razón aparezca debidamente justificada en el expediente” (dictamen nº 3062/98, de 10 de septiembre de 1998”).*

*(.....)*

*“Un segundo límite, aplicable en este supuesto en que la modificación no resulta de las exigencias propias del servicio, resulta de la necesidad de que concurren necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas (...). A este respecto, ha declarado el Consejo de Estado que “el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria (...) no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido en los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que sólo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público” (dictamen nº 41.914, de 24 de mayo de mayo de 1979). No cabe excluir la posibilidad de que “el interés general preconizara en alguna ocasión modificaciones del contrato que vinieran en beneficio del contratista, y no en su perjuicio”, mas “es lo cierto que, en todo caso, el ejercicio del “ius variandi” por la Administración requiere una singular motivación de hecho (“necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas”, reza el artículo 149 del Reglamento de Contratación) que, de no existir, impiden la alteración del contrato, o de sus pliegos definidores, recogidos, como queda dicho, por el principio “ne varietur” (dictamen nº 41.914, de 24 de mayo de 1979)”.*

*(.....)*

*“El fundamento de este segundo límite debe hallarse en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación y, en su caso, en “la naturaleza de los recursos económicos administrados”, de carácter público (dictamen del Consejo de Estado nº 45.238, de 12 de mayo de 1983). Por lo que respecta al primero de estos fundamentos, en el dictamen del Consejo de Estado nº 45.942, de 15 de diciembre de 1983, se puso de manifiesto que el carácter imperativo de las normas sobre modificación de los contratos administrativos tiene “la finalidad de evitar que, a través de de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación fundamental en la materia.”*

(.....)

*“Cuando la modificación es sustancial, el “ius variandi” ha de interpretarse como una excepción al principio de libre concurrencia en la licitación, y como tal “debe ser entendida de modo restrictivo, interpretándose la Ley en la forma y sentido más rigurosos” (dictamen del Consejo de Estado nº 3062/98, de 10 de septiembre de 1998). “Un uso indiscriminado de dicha potestad” de modificación, concluía el Consejo de Estado en su dictamen nº 47.126, de 5 de diciembre de 1984, “podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto que cerraría el acceso de otros posibles contratistas.”*

Como puede verse, se trata de una doctrina erizada de cautelas que, en principio, no facilita la modificación de los contratos, y que es especialmente sensible a la necesidad de evitar que tal modificación desvirtúe las garantías de concurrencia que presiden la pública licitación. Igual doctrina se contiene en los dictámenes nº 3344/2002, nº 3345/2002, nº 3346/2002, nº 3347/2002, nº 3349/2002, nº 6/2003, y nº 7/2003, todos ellos de fecha 13 de marzo de 2003.

Para conocer cuál es el actual marco de desarrollo tecnológico de la televisión y cuáles son las necesidades técnicas consideradas como tales por la normativa vigente, debe analizarse la regulación básica sobre televisión digital terrestre y los fines que ésta persigue.

La cobertura normativa de la televisión digital terrestre se encuentra contenida en la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, en la disposición adicional cuadragésimo cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, y en el Plan, aprobado por Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, cuya plena adecuación a Derecho ha declarado la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001, que desestimó el recurso interpuesto frente al mismo por Sogecable. Dicha sentencia confirma el contenido de otra dictada por la misma Sala el 7 de febrero de 2000 que, conociendo de la impugnación del Real Decreto que aprueba el Plan a través de un recurso formulado por el Ayuntamiento de Viladecans, declara que la referida norma no incurre en la violación alguna del ordenamiento jurídico.

La referida norma legal, el Plan y el Real Decreto que lo aprueba introducen la tecnología digital en la televisión terrestre y su finalidad en superar la era analógica y transitar a la digital. Por lo tanto, **el interés público, recogido en la Ley, se centra en la digitalización de la televisión y no en el desarrollo de un nuevo proyecto de televisión analógica en abierto que sería manifiestamente retardatorio del proceso de digitalización**. Como expresa el fundamento jurídico cuarto de la citada sentencia de la Sala Tercera del Tercera del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001 que declara la plena sujeción a Derecho del Plan es *“a través del Plan como se adapta el servicio a las exigencias citadas, sin que sea precisa una nueva Ley que regule en detalle sus precisiones”*. El mismo fundamento jurídico recoge que se puede *“afirmar, sin posibilidad de equivocarse, que el mantenimiento «sine die» del sistema analógico sería perturbador para el desarrollo de*



*la televisión y supondría un atraso respecto a los países de nuestro entorno*". Por lo tanto, difícilmente cabe defender que las necesidades tecnológicas están en línea con la posibilidad de permitir que haya una nueva televisión analógica que emita en abierto. Más bien, sucede lo contrario y esa situación sería, a todas luces, "*contra natura*".

La tan citada sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2001, acaba expresando, en su fundamento jurídico cuarto, que "*es absurdo huir de los nuevos adelantos de la técnica **so pretexto de unos pretendidos derechos adquiridos durante la vigencia de obsoletos sistemas de comunicación***". Esta doctrina debe llevar a la desestimación de la pretensión de modificación de su concesión que ejercita Sogecable, S.A. y, por el contrario, a la asunción de la que formula Veo Televisión, S.A. , que solo pretende una asignación transitoria de frecuencias analógicas que le permitan prepararse para la era digital que, desgraciadamente, todavía no ha llegado.

El artículo 8.1 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, prevé que "*el otorgamiento de concesiones para la gestión indirecta del servicio público de televisión corresponderá al Gobierno mediante el correspondiente concurso público*". La regla esencial que la Ley prevé es la de la concurrencia de todos los licitadores para la obtención de la correspondiente concesión administrativa. Ello implica que no cabe otorgar una concesión sin previo concurso y, también, que no procede modificar sustancialmente una concesión existente sin revocar ésta y promover un procedimiento en concurrencia para la adjudicación de una nueva.

Una cosa es que la modificación del contrato afecte a la tecnología a emplear (por ejemplo, la sustitución o el complemento de la tecnología analógica por la digital o de la digital por la analógica - como la que pide Veo Televisión, S.A. -, modificación que obedecería a cambios

tecnológicos sobrevenidos y, eventualmente, no previsibles) y otra muy distinta es el cambio sustantivo de las condiciones de la emisión o de los tiempos máximos contractualmente previstos de emisión en abierto. Esto último implica un cambio sustancial en el contrato que instrumenta la concesión y en la oferta que, en 1989, formuló Sogecable, S.A. en la que esgrimía, como mérito relevante, que sus emisiones, al producirse casi íntegramente en régimen de acceso condicional, no limitaban el mercado de publicidad televisiva que se repartiría el resto de las empresas de televisión habilitadas para emitir en abierto.

El apartado 2 del propio artículo 8 de la Ley 10/1988, expresa que el *“concurso público se convocará por acuerdo de Consejo de Ministros, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada al que haya de ajustarse el funcionamiento de las sociedades concesionarias”*. Este apartado recalca la necesaria garantía de la concurrencia de solicitantes para la obtención de la concesión.

Por otro lado, como se ha expuesto, el artículo 101.1 y 2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, permite, en interés público, la modificación de los contratos administrativos en función de necesidades nuevas o causas imprevistas en el momento de celebrarse los mismos y, además, exige que en el expediente se justifique suficientemente la improcedencia de permitir la concurrencia de ofertas.

Como también se ha expresado, no se está, en la modificación que pretende Sogecable, S.A. de su concesión, ni ante necesidades nuevas ni ante causas imprevistas y, desde luego, la modificación prevista no sirve al interés público sino al particular de la empresa privada que pretende la modificación de su concesión para controlar tanto el mercado de televisión de pago en España como en el de la televisión

en abierto y obtener toda la rentabilidad posible en ambos. Por ello, debe expresarse que el beneficio que obtendría Sogecable, S.A. con una modificación de su concesión que le permitiese emitir en abierto, se produciría con infracción del artículo 8.1 y 2 de la Ley de Televisión Privada y de los artículos 59.1, 101.1 y 2 y 163.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por lo demás, ya se ha expuesto que si Sogecable, S.A. se beneficiase de la modificación contractual que pretende, obtendría una ventaja, en exclusiva para él, y esa ventaja sería, a todas luces, significativa, porque preteriría a otras empresas habilitadas antes que ella, como Veo Televisión, S.A. para emitir en abierto en condiciones técnicas atenuadas a la realidad actual del sector audiovisual español. Sin embargo, Veo Televisión, S.A. sólo pretende contar, transitoriamente, con el complemento tecnológico que le permita, llegar al hogar de los ciudadanos, en tanto se desarrolle la tecnología digital y su pretensión sí es legítima y encuentra, plenamente, su amparo en los artículos 59.1, 101.1 y 163.1 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En virtud de lo expuesto, a V.E.

**SOLICITO:** 1º.- Que vele porque la tramitación del procedimiento que se inicia a través de este escrito y su consideración por el Consejo de Estado y el Consejo de Ministros, se haga simultáneamente con el que comience mediante la solicitud que haya formulado o formule Sogecable, S.A., para la modificación de la concesión de la que es titular.

2º.- Que, en caso de que, como ya anuncia la nota emitida por el Gabinete del Ministro de Industria, Turismo y Comercio del 23 de febrero de 2005, se vaya a prescindir del trámite de informe del Consejo

de Estado respecto de la solicitud de modificación concesional que haya solicitado o vaya a solicitar Sogecable, S.A. (lo que, respetuosamente, se desaconseja por motivos de rigor y de seguridad jurídica) se siga exactamente el mismo procedimiento respecto de la solicitud que formula Veo Televisión, S.A. que se contiene en el cuerpo de este escrito, con objeto de evitar dilaciones que pudieran perturbar su resolución conjunta.

Es justicia.

Madrid, 23 de febrero de 2005