

**ACORD 103/2023, d'11 d'octubre, del Ple del
Consell de l'Audiovisual de Catalunya**

RESOLUCIÓ DEL RECURS DE REPOSICIÓ interposat per l'Associació per a la Comunicació i la Cooperació (ACOMCO) contra l'Acord 86/2023, de 26 de juliol, d'inadmissió de la sol·licitud presentada en virtut de la disposició transitòria tercera de la Llei 13/2022, de 7 de juliol, general de comunicació audiovisual (freqüència 99.8 MHz/Castellvell del Camp)

Fets

1r. Mitjançant l'Acord 86/2023, de 26 de juliol, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC) inadmet la sol·licitud presentada per l'ACOMCO, en virtut de la disposició transitòria tercera de la Llei 13/2022, de 7 de juliol, general de comunicació audiovisual (LGCA), en relació amb la freqüència 99.8 MHz/Castellvell del Camp (La Nova Ràdio).

Aquesta inadmissió es fonamenta en el fet que “no ha emès de manera ininterrompuda en els darrers cinc anys” i, per tant, incompleix un dels requisits que estableix la disposició transitòria tercera de la LGCA.

2n. Mitjançant un escrit de 24 d'agost de 2023, l'ACOMCO interposa un recurs de reposició contra l'Acord 86/2023, de 26 de juliol (registre d'entrada 9015-1915956/2023), els motius del qual són, d'una banda, la interpretació exclusivament formalista i literal de la causa d'inadmissió de la sol·licitud (manca d'emissions ininterrompudes en els darrers cinc anys) atesa l'existència d'emissions per internet (en *streaming*) de La Nova Ràdio.

Per aquest motiu, l'ACOMCO considera que aquesta inadmissió suposa una restricció a la llibertat de prestació dels serveis audiovisuals en línia.

De l'altra, s'al·lega una vulneració del principi de confiança legítima creada per l'Administració.

A la vista d'aquests motius, l'ACOMCO sol·licita que, tot estimant el recurs, s'admeti a tràmit la sol·licitud presentada en virtut de la disposició transitòria tercera de la LGCA, en relació amb la freqüència 99.8 MHz/Castellvell del Camp, i se n'acordi l'estimació.

Fonaments de dret

Primer. Sobre l'eventual interpretació exclusivament formalista i literal de la causa d'inadmissió de la sol·licitud (manca d'emissions ininterrompudes en els darrers cinc anys) atesa l'existència d'emissions per internet (en *streaming*) de La Nova Ràdio

La manca d'emissions ininterrompudes per ones hertzianes en els darrers cinc anys és, efectivament, un dels requisits que estableix la disposició transitòria tercera de la LGCA per poder sol·licitar la concessió del títol habilitant per a la prestació dels serveis de comunicació audiovisual sense ànim de lucre per ones hertzianes terrestres preexistents, l'incompliment del qual impossibilita acollir-se al procediment que estableix aquesta disposició transitòria.

D'una banda, cal posar en relleu, en primer lloc, el reconeixement d'aquesta circumstància per part de l'ACOMCO en el seu recurs, on concretament es refereix al cessament de les emissions per ones hertzianes terrestres de La Nova Ràdio l'any 2017 (en la freqüència 99.8 MHz, objecte de la sol·licitud de l'ACOMCO).

L'informe emès el 15 de maig de 2023 per la Direcció General de Mitjans de Comunicació (DGMC) confirma aquesta manca d'emissions, concretament a la vista de la diligència d'antecedents de 13 d'abril de 2023 lliurada pel tècnic del cos superior, adscrit a la subdirecció General d'Ordenació de l'Espai de Comunicació Audiovisual. Així, segons l'informe de la DGMC "[...] es constata que des de mitjans de 2017 no hi ha emissions de La Nova Ràdio en freqüència modulada, si bé des d'aleshores i en l'actualitat, les emissions s'han mantingut ininterrompudament i exclusivament per internet [...]" (punt 4 de l'informe) i "Atesa la manca d'emissions de La Nova Ràdio en freqüència modulada ens els darrers cinc anys, no procedeix informar sobre possibles interferències" (punt 5 de l'informe).

La diligència d'antecedents de 13 d'abril de 2023 esmentada està certificada per un funcionari al qual es reconeix la condició d'autoritat i observa tots els requisits legals, i, per tant, els fets que s'hi constaten es presumeixen vàlids llevat que s'acrediti el contrari (apartat 5 de l'article 77 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques). La qual cosa no només no succeeix, sinó, ans al contrari, l'ACOMCO reconeix expressament el cessament d'emissions, com hem apuntat més amunt.

D'altra banda, cal assenyalar que l'ACOMCO gestionava la freqüència esmentada en virtut d'un conveni signat entre l'ACOMCO i l'Ajuntament de Castellvell del Camp, titular de la freqüència, el qual va ser declarat nul per la Sentència de 20 de desembre de 2019 del Jutjat contenciós administratiu núm. 1 de Tarragona, perquè "[...] ni la frecuencia radiofónica era transmisible en su gestión a un tercero que no estuviera incluido en las formas de gestión directa previstas en el art. 85.3 de la Ley de Bases del Régimen Local, ni la parte receptora de la gestión era una entidad de las previstas en dicho precepto [...]".

Pel que fa a l'al·legada interpretació excessivament formalista i literal de la causa d'inadmissió de la sol·licitud (manca d'emissions ininterrompudes en els darrers cinc anys), cal assenyalar que l'àmbit subjectiu d'aplicació de la disposició transitòria tercera de la LGCA se circumscriu als serveis de comunicació audiovisual per ones terrestres.

La raó d'aquesta limitació respon al fet que la llei sotmet l'accés als serveis de comunicació audiovisual a dos règims d'intervenció administrativa diferents, tenint en

compte el mitjà de transmissió, atesa l'escassetat de l'espectre radioelèctric utilitzat pels mitjans per ones hertzianes per a les seves emissions.

Per tant, si bé la finalitat de la disposició transitòria tercera de la LGCA és l'atorgament d'un títol habilitant, la possibilitat d'acollir-s'hi únicament es preveu en relació amb els mitjans comunitaris que emetin per ones hertzianes, tot supeditant aquest atorgament a la reserva del domini públic radioelèctric corresponent per part de l'Estat, atesa aquella escassetat.

En definitiva, la interpretació de la disposició transitòria tercera de la LGCA que fa l'acord impugnat és l'única possible jurídicament, d'una banda, perquè les normes s'han d'interpretar “[...] segons el sentit propi de les seves paraules, en relació amb el context, els antecedents històrics i legislatius, i la realitat social del temps en què han de ser aplicades, atesos fonamentalment l'esperit i la finalitat d'aquelles” (apartat 1 de l'article 3 del Codi civil).

De l'altra, perquè l'anomenada *flexibilitat reglamentària* que, segons manifesta la recurrent, és el *desideratum* en la interpretació jurídica de la LGCA, únicament és aplicable a les comunicacions comercials audiovisuals. Així, el text de la consulta pública prèvia per a l'elaboració del projecte de reglament de desenvolupament de la LGCA, citat per l'ACOMCO, duu per títol “CONSULTA PÚBLICA PREVIA PARA LA ELABORACIÓN DE UN PROYECTO DE NORMA REGLAMENTARIA DE DESARROLLO DE LA LEY 13/2022, DE 7 DE JULIO, GENERAL DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL, RELATIVA A LAS COMUNICACIONES COMERCIALES AUDIOVISUALES”.

La flexibilitat a la qual fa referència la recurrent no té res a veure amb els requisits que estableix de manera preceptiva la disposició transitòria tercera de la LGCA. Ans al contrari, és una flexibilitat que afecta les comunicacions comercials audiovisuals que defineix l'apartat 1 de l'article 121 de la LGCA, i que consisteix, segons el preàmbul de la llei mateix, en el següent:

“[...] La Directiva 2018/1808, que esta ley incorpora al ordenamiento jurídico español, fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 28 de noviembre de 2018. Las principales innovaciones que la norma de la Unión Europea introduce en el ordenamiento jurídico son las siguientes: a) la modificación del límite cuantitativo respecto de la emisión de comunicaciones comerciales audiovisuales, que pasa de ser el veinte por ciento por hora a ser el veinte por ciento del tiempo entre las 6:00 y las 18:00 y el veinte por ciento del tiempo entre las 18:00 y las 24:00; [...]”

Per tant, aquesta flexibilització respon, efectivament, a un mandat de la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlament Europeu i del Consell, de 14 de novembre de 2018, per la qual es modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinació de determinades disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres relatives a la prestació de serveis de comunicació audiovisual (*Directiva de serveis de comunicació audiovisual*), tenint en compte l'evolució de les realitats del mercat pel que fa l'emissió de comunicacions comercials, de la qual la LGCA és la transposició, un dels objectius de la qual és equiparar les condicions de la prestació dels serveis de

comunicació audiovisual per part dels operadors tradicionals i els nous prestadors en línia (com ara les plataformes d'intercanvi de vídeos), per tal de garantir una competència efectiva en el mercat audiovisual entre aquests diferents agents.

Segon. En relació amb el fet que la inadmissió de la sol·licitud de l'ACOMCO suposa una eventual restricció a la llibertat de prestació dels serveis audiovisuals en línia

Com dèiem, la llei preveu dos règims jurídics diferents per a la prestació del servei de comunicació audiovisual, en funció de la utilització de l'espectre radioelèctric o no (apartat 2 de l'article 37 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya –LCA).

D'acord amb aquest marc legal, s'estableix, d'una banda, un règim de llicències per a aquells prestadors que utilitzen l'espectre radioelèctric i, de l'altra, un règim de comunicació prèvia si el servei de comunicació audiovisual es fa mitjançant altres tecnologies que no utilitzen l'espectre (Internet).

En relació amb l'emissió a través de l'espectre radioelèctric (ones hertzianes), cal que l'Estat planifiqui les freqüències que podran ser adjudicades pels ens o organismes corresponents de les comunitats autònomes. Planificades aquestes freqüències, cada comunitat autònoma pot iniciar els concursos públics corresponents per a l'adjudicació de les llicències.

Pel que fa a l'emissió a través d'Internet, aquest tipus de prestació està subjecta a un règim de comunicació prèvia, amb la finalitat de posar en coneixement del CAC l'existència i les característiques del servei de comunicació i la seva modalitat de difusió, per tal de garantir el compliment de la normativa en matèria de continguts que estableix la LCA.

Així, de conformitat amb aquestes previsions legals, l'ACOMCO mateixa va presentar l'any 2017 una comunicació prèvia en relació amb les emissions en línia de La Nova Ràdio que va rebre la conformitat del Ple del Consell mitjançant l'Acord 78/2017, de 19 juliol, d'acord amb el que estableix la *Instrucció general sobre les condicions i el procediment de la comunicació prèvia per a la prestació de serveis de comunicació audiovisual mitjançant tecnologies altres que l'espectre radioelèctric aprovada per Acord del Ple del Consell 65/2012, de 26 d'abril*.

Quant als mitjans de comunicació comunitaris, a més, la Llei imposa unes condicions de prestació específiques, atesa la seva naturalesa singular, diferent de la dels mitjans comercials, com ara el caràcter no econòmic del servei que s'ha de prestar mitjançant organitzacions o entitats sense ànim de lucre; l'emissió de continguts de proximitat destinats a donar resposta a les necessitats socials, culturals i de comunicació específiques de les comunitats i dels grups socials als quals dona cobertura, i la no-emissió de publicitat comercial, llevat la que tingui per objecte exclusivament promocionar béns i serveis relacionats amb l'activitat de persones físiques o jurídiques establertes en l'àmbit de cobertura del servei (apartats 3 i 6 de l'article 70 de la LCA, apartat 15 de l'article 2 de la LGCA i lletra b de l'article 81 de la LGCA).

Cal concloure, per tant, que tant pel que fa a l'accés com també a les condicions de prestació, l'establiment d'aquest règim legal específic, no implica, tal com pretén l'ACOMCO, una restricció a la llibertat de prestació dels serveis de comunicació audiovisual ni tampoc una vulneració del principi d'igualtat.

En aquest sentit, recordem breument que el Tribunal Constitucional ha descrit en nombroses sentències (per totes, STC 49/1982, de 14 de juliol, 76/1990, de 26 d'abril i 39/2002, de 14 de febrer), els trets essencials i els límits del tracte desigual, d'acord amb els criteris següents:

- no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, puesto que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable.

- el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho, cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional.

- el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

- por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad.

D'altra banda, pel que fa a l'eventual restricció de la llibertat de prestació de serveis de comunicació audiovisual, cal assenyalar que el considerant 9 de la Directiva 2018/1808, de 14 de novembre, esmentada per l'ACOMCO, s'ha de posar en relació amb el considerant 10, que estableix la possibilitat d'adoptar, en aplicació del principi de llibertat de prestació transfronterera, per part d'un Estat membre emissor, determinades mesures restrictives de la llibertat de prestació de serveis per raons imperioses d'interès general, com ara assolir un nivell elevat de protecció dels consumidors.

Per tant, el que estableixen els considerants esmentats, a més de no tenir cap relació directa amb el supòsit que ens ocupa i, subsegüentment resultar inaplicable, permet, contràriament a allò que pretén la recurrent, restringir la llibertat de prestació de serveis de comunicació audiovisuals en determinats supòsits, condicions i requisits.

Tercer. Sobre l'eventual vulneració del principi de confiança legítima creada per l'Administració

Aquesta al·legació la realitza l'ACOMCO, segons manifesta, com a “corol·lari” de les anteriors, basant-se en una suposada aparença de confiança que, segons relata, ha estat incompleta per l'actuació administrativa impugnada, incompliment que neguem categòricament.

Així, tal com l'ACOMCO mateixa manifesta en el seu escrit, el principi de confiança legítima se sustenta en la presència d'un acte de l'Administració, que el Tribunal Suprem equipara amb la doctrina dels actes propis, així com la producció d'actes externs realitzats per l'Administració que duguin la persona administrada a confiar en la legalitat de l'actuació administrativa.

Com és evident, del relat que fa l'ACOMCO, no es pot inferir en cap cas l'existència d'aquests elements en els contactes que manifesta haver realitzat amb alguns responsables de la DGMC i del CAC. Ans al contrari, el que sí que es pot deduir, en particular pel que fa a aquest Consell, és que la seva actuació ha estat ajustada a dret.

D'una banda, perquè la inadmissió declarada mitjançant l'Acord 86/2023, de 26 de juliol, del CAC, es fonamenta en l'incompliment d'un dels requisits que estableix la disposició transitòria tercera de la LGCA. Concretament, segons l'informe de la DGCA, en la manca d'emissions ininterrompudes en els darrers cinc anys. Així, l'informe, que, segons manifesta l'ACOMCO, havia de ser “favorable [...] el qual s'elevaria al CAC” juntament amb la sol·licitud, constata un incompliment que comportava inexorablement declarar la inadmissió de la sol·licitud.

De l'altra, perquè el contacte que eventualment es va mantenir amb el CAC, es va realitzar, com reconeix la recurrent mateixa, un cop la LGCA ja havia estat aprovada i publicada i, per tant, l'ACOMCO hauria d'haver estat coneixedora dels requisits legals per poder acollir-se a la seva disposició transitòria tercera en relació amb la situació de les seves emissions i també que aquesta disposició desplaçava el règim transitori que establia la Llei 7/2010, 31 de març, general de la comunicació audiovisual (LGCA), que també havia de ser conegut per la recurrent. Concretament, el que estableix la disposició transitòria catorzena, que preveia, segons la sentència citada per la recurrent, una “garantía temporal de emisión”. En altres paraules, permetia que els prestadors de serveis de comunicació audiovisual comunitaris sense ànim de lucre, en funcionament amb anterioritat a l'1 de gener de 2009, poguessin continuar prestant aquest servei fins que l'Estat establís una regulació específica. La qual cosa comportava que durant aquest període en cap cas el prestador pogués ser sancionat per emetre sense títol habilitant, en coherència amb el fet que aquesta situació derivava d'una manca d'actuació per part de l'Estat (la planificació de l'espai radioelèctric corresponent).

Per tant, el CAC no ha vulnerat el principi de confiança legítima, atès que, en el cas que ens ocupa, no s'han produït canvis en l'aplicació de les normes. Ans el contrari, l'Acord 86/2023, de 26 de juliol, inadmet la sol·licitud de l'ACOMCO per manca d'emissions ininterrompudes en els darrers cinc anys, atès que, tot i l'existència de la

garantia temporal d'emissió esmentada més amunt, va deixar d'emetre per ones hertzianes terrestres l'any 2017.

Finalment, cal recordar el que estableix l'apartat 1 de l'article 3 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, d'acord amb el qual "Les administracions públiques serveixen amb objectivitat els interessos generals i actuen d'acord amb els principis d'eficàcia, jerarquia, descentralització, desconcentració i coordinació, amb submissió plena a la Constitució, a la llei i al dret", i és en aplicació de la llei que es va aprovar l'acord impugnat.

En conseqüència, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya adopta, per unanimitat, el següent

ACORD

1. Desestimar el recurs de reposició interposat contra l'Acord 86/2023, de 26 de juliol, i, en conseqüència, confirmar en la seva integritat l'acord esmentat, mitjançant el qual s'inadmet la sol·licitud presentada per l'ACOMCO, en virtut de la disposició transitòria tercera de la LGCA (freqüència 99.8 MHz/Castellvell del Camp).
2. Trametre a l'ACOMCO una còpia de l'informe de 15 de maig de 2023 elaborat per la DGMC i de la diligència d'antecedents de 13 d'abril de 2023.
3. Notificar aquest acord a l'ACOMCO.

Barcelona, 11 d'octubre de 2023

Xevi Xirgo i Teixidor
President

Laura Pinyol Puig
Consellera secretària