

El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual ostenta el control efectivo sobre la prestación del servicio de comunicación y queda sometido a los límites de la LGCA con la finalidad de garantizar una comunicación audiovisual plural

Procede desestimar el recurso interpuesto contra las sentencias que confirmaron el acuerdo del Pleno del Consejo Audiovisual de Cataluña que denegó a la sociedad “SER” la autorización para el arrendamiento de la licencia para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora, en ondas métricas con modulación de frecuencia de Barcelona de la que era titular la Sociedad Agrupación Radiofónica a favor de la SER.

Declara el Tribunal que la Ley General de la Comunicación Audiovisual reconoce el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural; y que, con la finalidad de garantizar el pluralismo informativo y la libre competencia, el art. 37 de la Ley limita el número de licencias que una misma persona física o jurídica pueda controlar. Señala que, en consonancia con lo afirmado en las sentencias impugnadas, el arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual ostenta el control efectivo sobre la prestación del servicio de comunicación, y, por tanto, queda sometido a los límites del citado precepto, con la finalidad de garantizar una comunicación audiovisual plural; límites que deben aplicarse de forma separada a las licencias radiofónicas que emiten en onda media y en frecuencia modulada, pues no existe en el precepto previsión que avale una distinción.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 3

Fecha: 27/09/2022

Nº de Recurso: 5539/2021

Nº de Resolución: 1194/2022

Procedimiento: Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)

Ponente: DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 5539/2021 interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Francisca Amores Zambrano, en nombre y representación de la Sociedad Española de Radiodifusión, SLU., (SER), bajo la dirección letrada de don Tomas de la Quadra- Salcedo Fernández del Castillo, contra la sentencia de 15 de abril de 2021, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el recurso de apelación nº 454/2019.

Ha comparecido como parte recurrida el procurador de los tribunales don Ángel Quemada Cuatrecasas, en nombre y representación del Consejo del Audiovisual de Cataluña, bajo la dirección letrada de doña María Ángela Saperas Barrufet

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Procuradora de los Tribunales doña Francisca Amores Zambrano, actuando en nombre y representación de la "Sociedad española de radiodifusión SLU" (en adelante SER) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de abril de 2021 (rec. apelación 454/2019) por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por la SER contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 13 de Barcelona de 21 de mayo de 2019, que desestimó el recurso contencioso interpuesto por la SER.

La resolución administrativa recurrida consistía en el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo del Pleno del Consejo Audiovisual de Cataluña (posteriormente confirmado en reposición por el de 21 de junio de 2018), que denegó la autorización para el arrendamiento de la licencia para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora, en ondas métricas con modulación de frecuencia de Barcelona (90.5 MHz) de la que era titular la Sociedad Agrupación Radiofónica SA a favor de la SER.

SEGUNDO. Mediante Auto de 20 de octubre de 2021 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar, a efectos de la limitación establecida por el artículo 37.1 in fine de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, si la condición de ser arrendataria de una licencia supone que se ejerce el control sobre la misma, o si ese "control" debe entenderse como control societario entre arrendador y arrendataria.

Se identificó como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, son los artículos 37.1 y 4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) y 42 del Código de Comercio.

TERCERO. La SER formalizó la interposición de su recurso de casación.

Considera que las sentencias impugnadas infringen el artículo 37.1 y 4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (LGCA) y el artículo 42 del Código de Comercio (CCo). En conexión con ellas se infringe también, por indebida aplicación, el artículo 2.1 de la LGCA. Y por derivación se habrían infringido los artículos 20.1.d) de la Constitución- al restringir sin una ley que lo permita la libertad de expresión e información a través de la radiodifusión sonora de la recurrente- y eventualmente el artículo 24 al no haber analizado si el concreto contrato de arrendamiento de la recurrente implica que el arrendador queda despojado y ajeno a toda facultad de control editorial.

1º Sobre la infracción del art. 37 de la LGCA.

El artículo 37.1 y 4 de la LGCA es la "norma especial" que establece qué debe ser entendido como "control de una licencia", a los concretos y específicos efectos de la garantía del pluralismo en el mercado audiovisual radiofónico a que se refiere dicho artículo. El artículo 2.1 de la LGCA -sobre "definiciones"-, establece en su segundo inciso que los arrendatarios de una licencia tendrán "la consideración" de prestadores del servicio de comunicación audiovisual.

El artículo 37.1 y 4 LGCA se refiere al "control de la licencia", y el artículo 2.1 de la LGCA se refiere a otra cosa: al "control editorial" o "control efectivo sobre la selección de los programas y contenidos y su organización".

La "norma especial" que es el artículo 37.1 y 4 LGCA al fijar qué debe entenderse por control de la licencia a los efectos de ese artículo 37 (es decir, a efectos del pluralismo), desplaza siempre la "norma general" del artículo 2.1 que "considera" al arrendatario como prestador del servicio por tener el "control de la programación, contenidos y organización". Decimos "desplazaría" porque, en realidad, el ámbito y perímetro de ambas normas es bien distinto, por lo que no estamos ante un supuesto típico de norma general y norma especial: uno se refiere al control "de la licencia" y el otro al control "de la programación, contenidos y organización", esto es, a la dirección editorial.

En definitiva, la previsión del 37.4 LGCA es la de que, a los concretos efectos de ese artículo -el pluralismo- sólo es "control de la licencia" el que consiste en el control societario que previene el artículo 42 del CCo; nunca, por tanto, la dirección editorial "de programas, contenido y organización".

El artículo 37.1 y 4 de la LGCA y el artículo 42 del CCo son las normas infringidas por prescindir de sus concretas y específicas previsiones. También lo es el artículo 2.1 de la LGCA

al aplicarlo indebidamente para fijar qué debe entenderse por la dirección editorial, concluyendo que es lo mismo que el control societario o control de la licencia.

También se viola el artículo 37.1 de la LGCA al considerar de forma conjunta las licencias en frecuencia modulada y en onda media, como luego se verá, para determinar el número de emisoras cuyas licencias se controlan.

2º Sobre la infracción de los artículos 20.1.d) y 24.1 de la Constitución.

Se viola el artículo 20.1 d) de la Constitución, pues se priva a la recurrente de ejercer sus libertades de expresión e información por cualquier medio (en este caso a través de la radiodifusión sonora) sin que exista una Ley que autorice esa restricción.

Si la sentencia se olvida del artículo 37.4 debería asegurarse de si el titular de la licencia mantiene un control último y definitivo que sería el relevante a los efectos del pluralismo. Como es sabido el director de una emisora de radio, mientras siga siendo el director, es el responsable editorial de la misma, aunque no sea ni el titular de la licencia, ni tenga acciones en la empresa titular de la misma; ello se debe a que el titular siempre conserva facultad indirecta de dirección editorial, aunque solo sea por la potestad de cesar al director. Al no aplicar el 37.2 sino el 2.1 de la LGCA y no examinarse el contrato de arrendamiento se infringe también indirecta y derivadamente el artículo 24 de la Constitución.

La sentencia de 15 de abril de 2021 dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, desestima el recurso al considerar que (FD Segundo): "lo cierto es que el art. 2.1 de la LGCA señala que "el arrendatario de una licencia de comunicaciones audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio", por lo que tendrá un control directo sobre la licencia. En consecuencia, si a las 5 licencias que ya controla la SER le sumamos la pretendida de AGRURASA, la apelante terminaría controlando 6 licencias en el ámbito de cobertura de Barcelona y, por tanto, se estaría incumpliendo el límite fijado por el art. 37 de la LGCA".

La recurrente considera que con este razonamiento la sentencia desborda los límites del artículo 37.4 LGCA que quiere, deliberadamente, que a efectos del pluralismo el concepto de control de la licencia - que no control editorial- se entienda como establece el artículo 42 del CCo, esto es, como un control estrictamente societario.

Y esta conclusión se obtiene de:

- Una interpretación literal del art. 37 de la LGCA que expresamente en su apartado 4 establece que "A los efectos previstos en este artículo, se entenderá que existe control cuando se den los supuestos a los que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio".

Es el propio artículo 37 LGCA el que establece la interpretación que debe dársele a los supuestos de control a los que se hace referencia en el mismo a los efectos de aplicar los límites previstos.

- Una interpretación sistemática del contenido de la LGCA. A lo largo de la ley las menciones a los supuestos de "control" apuntan siempre al control societario y cuando se refiere a otro tipo de relación (contratos, acuerdos etc...) se habla de "vínculos".

Así sucede en el art. 42 de la LGCA sobre "Límites para los prestadores de servicio público audiovisual de titularidad pública", que dispone que éstos últimos no podrán ejercer control sobre prestadores privados y dicho control se interpreta exclusivamente como control societario: "1. Los prestadores de titularidad pública del servicio público de comunicación audiovisual, las Administraciones Públicas, así como cualquier entidad dependiente de ellas o sociedades sobre las que cualquiera de las anteriores ejerza el control, en los términos del artículo 42 del Código de Comercio, no podrán participar en el capital social de prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual."

- Un criterio histórico. Los antecedentes legislativos también avalan que el control al que se refiere el art. 37 de la LGCA es un control societario.

La Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987 de 18 de diciembre de Ordenación de las Telecomunicaciones se refiere a dos controles: un control directo que se ejerce mediante la titularidad de las concesiones (no se podía ser titular de más de dos concesiones de frecuencia modulada y de una concesión de onda media); un control indirecto que puede ejercerse a través de una participación societaria mayoritaria.

Esta regulación se conservó con la modificación de la Disposición Adicional Sexta de la LO, tras la modificación operada por la Ley 10/2005, de 14 de junio, de medidas urgentes.

Regulación que se traslada al actual art. 37 de la LGCA.

- Y esta misma conclusión queda avalada con la nueva Ley General de Comunicación audiovisual, que en el momento de redactar el escrito de interposición estaba en fase de proyecto de ley, cuyo art. 77 concreta que ese control se ejerce, única y exclusivamente, a través de la "adquisición de participaciones o derechos de votos", que confirma que el control es exclusivamente societario previsto en el art. 42 del Código de Comercio.

Una interpretación expansiva del control que se ejerce llevaría a considerar como supuestos de control, no solo los contratos de arrendamiento de licencias sino también

La sentencia parte de que al tener el arrendatario de una licencia de comunicación la condición de prestador del servicio (art. 2.1 de la LGCA) implica que tiene un control directo sobre la licencia misma.

A juicio de la entidad recurrente, este razonamiento confunde el "prestador del servicio" con el "titular de la licencia". Lo cierto es que la LGCA distingue ambos conceptos pues los prestadores del servicio de comunicación audiovisual son los que efectúan la comunicación y los titulares de las licencias son quienes ostentan el título habilitante pero no necesariamente prestan el servicio de la comunicación, como ocurre en los casos de arrendamiento. Por ello en los casos en los que el titular de la licencia y el prestador del servicio de comunicación no son la misma persona física o jurídica no puede afirmarse que el arrendatario prestador del servicio tendrá un control directo sobre la licencia.

Lo que pretende el artículo 2.1 LGCA al atribuir a los arrendatarios la condición de prestadores del servicio es, simplemente, designar al sujeto que será titular de los derechos y obligaciones de los

prestadores del servicio de comunicación audiovisual en estos casos en que se disocia la condición de titular de la licencia y de prestador del servicio y establecer quién ha de ser el responsable único frente a terceros.

Cuando el art. 2.1 de la LGCA se refiere al "control efectivo" se está refiriendo al control diario sobre la actividad editorial.

La STS de 18 de febrero de 2003, recurso núm. 646/2000 (F.j . noveno), con respecto al contenido de la disposición adicional sexta de la LOT - origen del artículo 37 LGCA -, y de la que en la que afirma que "[...] la Disposición Adicional Sexta establece limitaciones que afectan exclusivamente a la titularidad de la concesión, pero no inciden en otros aspectos de su explotación, como los acuerdos de gestión, afiliación en cadena, programación, etc.". Por lo tanto, esa Sala tenía ya claro que los negocios jurídicos que se puedan celebrar sobre las concesiones no tienen trascendencia a efectos del control, ya que lo único relevante son las operaciones que puedan afectar a la titularidad de estas.

Desde la perspectiva del control de las concentraciones en el ámbito de la defensa de la competencia, los límites a la concentración se establecen con respecto a la propiedad sobre las emisoras y la existencia de contratos de "asociación fuerte" que incorporan cláusulas que no tienen nada que ver con los contratos de arrendamiento.

Por último, entiende que la sentencia cuya casación incurre también en una infracción del artículo 37.1 LGCA al considerar de forma conjunta las licencias de radiodifusión en onda media (OM) y las licencias que emiten en modulación de frecuencia (FM), cuando este dispone que "En todo caso, una misma persona física o jurídica, no podrá controlar más de cinco licencias en un mismo ámbito de cobertura". A este respecto debe tenerse en cuenta que la tecnología utilizada en las emisiones en FM y en OM determina que no exista coincidencia en su ámbito de cobertura y, además, constituyen mercados distintos que no son sustituibles entre sí por lo que respecta a la oferta radiofónica. Así se puede comprobar en los anexos I y II del Real Decreto 765/1993, de 21 de mayo, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Radiodifusión Sonora en Ondas Medias (hectométricas), ya que el ámbito de cobertura de la FM viene determinado por la localidad a que se refiere la concesión, en tanto que en OM el ámbito puede ser provincial o regional.

En la redacción original de la disposición adicional sexta de la LOT se consideraban por separado las concesiones de FM y de OM a la hora de fijar los límites de unas y otras. Asimismo, en la propia LGCA puede comprobarse cómo el otorgamiento de las licencias de FM corresponde a los gobiernos autonómicos, mientras que las licencias de OM se otorgan por el Gobierno de la Nación, lo cual responde a su distinto ámbito de cobertura y características técnicas. Y, por último, el propio artículo 37.5 LGCA aplica los límites de manera independiente para las licencias digitales y las licencias analógicas, por lo que, si se diferencian estas dos categorías de licencias por razón de la tecnología en las que se soportan, es lógico que así se haga con a las licencias que emiten por FM y por AM.

Por todo ello solicita:

- Se declare y fije en la Sentencia que, a los efectos del pluralismo a que se refiere el artículo 37 de la LGCA, por control de las licencias del servicio de radiodifusión sonora terrestre debe entenderse exclusivamente el control societario entre arrendador y arrendatario a que se refiere el artículo 42 del CCo. Que se case y anule la sentencia y se reconozca el derecho a obtener la autorización para el arrendamiento de la licencia para la prestación del servicio de radiodifusión sonora en la localidad de Barcelona (90.5 MHz) titularidad de AGRURASA, en tanto cumple todos los requisitos legales para su obtención.

- Subsidiariamente se declare y fije que el control de las licencias del servicio de radiodifusión sonora terrestre no se adquiere por el simple hecho de haberse arrendado las mismas, sino cuando de los términos del contrato de arrendamiento debidamente analizados se concluya que el arrendador ha

pérdida total y absolutamente toda facultad de condicionar, supervisar o limitar el ejercicio de los poderes de dirección editorial por cualquier medio o técnica establecidos en el contrato mismo o que la concreta orientación editorial del arrendatario o su forma de ejercicio en el momento del contrato de arrendamiento no fueron una "causa" relevante de tal contrato. Y en consecuencia se case y anule y anular la sentencia de 16 de abril de 2021, núm. 1665/2021 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, así como la sentencia de 21 de mayo de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona núm. 13, recurso (núm. 296/2018), con estimación del recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo 69/2018, de 21 de junio, del Pleno del Consejo Audiovisual de Cataluña por haber infringido los artículos 37.1 y 4 de la LGCA y 42 del CCo, así como derivadamente el artículo 24 de la Constitución al haber hecho su pronunciamiento sin examinar en momento alguno los términos y el fondo del contrato de arrendamiento para ver si el arrendador de alguna forma. Y que ordene la retroacción de actuaciones para que por el Consejo de Comunicación Audiovisual de Cataluña, como órgano administrativo competente, se resuelva sobre la autorización solicitada por la SER tras el análisis y a la vista de si de los términos concretos del contrato de arrendamiento sometido a autorización se deduce que el arrendador de alguna forma ha condicionado o no la orientación y ejercicio del poder editorial del arrendatario o si la concreta orientación y modo de ejercicio de ese poder editorial por el arrendatario cuando se hizo el contrato fue una "causa" relevante del contrato entre ambas partes o por cualquier otra razón, medio o técnica tal poder editorial del arrendatario ha quedado condicionado o limitado.

CUARTO. El representante legal del Consejo Audiovisual de Cataluña se opone al recurso.

La sentencia impugnada considera que la condición de arrendatario de una licencia supone ejercer el control sobre la misma, sin necesidad que entre arrendador y arrendatario exista un control societario.

El arrendatario no se convierte en titular de la licencia pero tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial sobre la selección de los programas y contenidos y de su organización en un canal o en un catálogo de programas y por consiguiente tiene la responsabilidad editorial como todo prestador de servicios de comunicación audiovisual (art. 2.13 de la LGCA).

La diferencia alegada por la recurrente entre "control de la licencia" y "control editorial" no existe. El control de la licencia y el control editorial son lo mismo y, en ningún caso, pueden desligarse. Los prestadores de servicios de comunicación audiovisual proporcionan programas y contenidos audiovisuales, seleccionados y organizados por ellos, en virtud de una licencia adjudicada, transmitida/cedida o arrendada. El control o dirección editorial es, en definitiva, el control de la licencia. Debe tenerse en cuenta que el titular de una licencia, de la misma manera que el arrendatario, se obliga al cumplimiento de la oferta mediante la cual se obtuvo la adjudicación de la licencia (art. 29.2.e LGCA).

El arrendamiento de una licencia comporta que el arrendatario, como prestador de servicios de comunicación audiovisual, asume el control efectivo de dicha licencia, esto es, la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y de su organización. El arrendador conserva únicamente la titularidad de la licencia, pero la prestación del servicio de comunicación audiovisual es ejercida en su totalidad y directamente por el arrendatario.

En segundo lugar, la sentencia afirma que "la finalidad del art. 37 de la LGCA es garantizar el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural y para hacer efectivo este derecho los artículos 38 a 40 y 43 de la misma regulan la garantía del pluralismo y el control de las concentraciones en la comunicación audiovisual". Y concluye afirmando que la denegación del arrendamiento "se ampara en una interpretación integradora de los límites para garantizar el pluralismo y el control de las concentraciones en la comunicación audiovisual". Así la finalidad última del artículo 37 de la LGCA es

garantizar el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural establecido en el artículo 4 de la misma ley.

Concretamente el artículo 37 de la LGCA con el título pluralismo en el mercado radiofónico está destinado a garantizar el pluralismo y la libre competencia en dicho mercado dada la importancia que tiene este medio en la formación de la opinión pública y por ello establece unos límites: un prestador de servicios de comunicación audiovisual no puede tener, sea como titular o como arrendatario más de cinco licencias en un mismo ámbito de cobertura.

Y este límite se añaden tres límites más que deben ser tenidos en cuenta de forma acumulativa consistentes en no controlar: i) directa o indirectamente más del 50% de las licencias que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura; ii) más del 40% de las licencias existentes en ámbito en los que solo tenga cobertura una única licencia, en una misma Comunidad Autónoma, iii) más de un tercio del conjunto de las licencias con cobertura total o parcial en el conjunto del territorio del Estado.

El control al que hacen referencia los tres límites anteriores es que podríamos denominar societario y al que hace referencia el art. 37.4 de la LGCA.

El denominado control societario se debe relacionar con los límites establecidos en el artículo 37 de la LGCA vinculados a porcentajes (50 %, 40% y un tercio) y desvincularse del control directo que como prestador se tiene sobre la licencia a título de adjudicatario, de cesionario o de arrendatario.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 13 de septiembre de 2022, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sociedad "SER" interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de abril de 2021 (rec. apelación 454/2019) por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por la SER contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 13 de Barcelona de 21 de mayo de 2019, que desestimó el recurso contencioso interpuesto por la SER.

La resolución administrativa recurrida consistía en el Acuerdo 31/2018, de 21 de marzo del Pleno del Consejo Audiovisual de Cataluña (posteriormente confirmado en reposición por el de 21 de junio de 2018), que denegó la autorización para el arrendamiento de la licencia para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de radiodifusión sonora, en ondas métricas con modulación de frecuencia de Barcelona (90.5 MHz) de la que era titular la Sociedad Agrupación Radiofónica SA a favor de la SER.

SEGUNDO. La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en determinar si los límites establecidos por el artículo 37.1 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, y más concretamente si en la prohibición de que una misma persona física o jurídica pueda tener el control sobre más de cinco licencias en un mismo ámbito de cobertura han de computarse los supuestos en los que se tiene la condición de arrendatario de una licencia o si ese "control" debe entenderse como un control exclusivamente societario entre la sociedad titular de la licencia y la sociedad arrendataria.

La sentencia del juzgado considera que la interpretación del término "control" al que se refiere el art. 37.1 de la LGCA se refiere al control directo o indirecto y entiende que ese control se puede ejercer tanto si se es titular de una licencia como si se ha celebrado un negocio jurídico sobre la misma, por lo que no puede excluirse que dicho control pueda ejercerse a través del arrendamiento de la licencia.

Así mismo considera que conforme al espíritu de la ley el art. 37 se trata de preservar el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad y la diversidad de fuentes y de contenidos.

Y la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña afirma que el art. 2.1 de la LGCA señala que "el arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio" por lo que tendrá un control directo sobre la licencia. Considera, por tanto, que si a las 5 licencias que ya controla la SER le sumamos la pretendida de AGRURASA, la apelante terminaría controlando 6 licencias en el ámbito de cobertura de Barcelona, incumpliendo el límite fijado en el art. 37.1. de la LGCA.

Destaca que la finalidad del art. 37 de la LGCA es garantizar el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural y para hacer efectivo este derecho los artículos 38 a 40 y 43 de la LGCA regulan la garantía del pluralismo y el control de las concentraciones en la comunicación audiovisual y en Barcelona este objetivo está garantizado.

Por ello, entiende que la denegación del arrendamiento de la licencia para la prestación del servicio de radiodifusión sonora de la localidad de Barcelona (90.5 MHz), se ampara en una interpretación integradora de los límites para garantizar el pluralismo y el control de las concentraciones en la comunicación audiovisual.

La parte recurrente en casación, sin embargo, diferencia entre el control societario de la titularidad de la licencia a la que se referiría el artículo 37.1 y 4 LGCA y el "control editorial" al que se refiere el artículo 2.1 de la LGCA. A su juicio, la previsión del 37.4 LGCA es la de que, a los concretos efectos de ese artículo solo puede tomarse en consideración el control societario que previene el artículo 42 del C.Co y no la dirección editorial "de programas, contenido y organización".

El Consejo Audiovisual de Cataluña sostiene que la diferencia alegada por la recurrente entre "control de la licencia" y "control editorial" no existe. El control de la licencia y el control editorial son lo mismo y, en ningún caso, pueden desligarse. El control o dirección editorial es, en definitiva, el control de la licencia. Debe tenerse en cuenta que el titular de una licencia, de la misma manera que el arrendatario, se obliga al cumplimiento de la oferta mediante la cual se obtuvo la adjudicación de la licencia (art. 29.2.e LGCA). Por otra parte, entiende que el artículo 37 de la LGCA está destinado a garantizar el pluralismo y la libre competencia en dicho mercado dada la importancia que tiene este medio en la formación de la opinión pública y por ello establece unos límites. El denominado control societario se debe relacionar con los límites establecidos en el artículo 37 de la LGCA vinculados a porcentajes (50 %, 40% y un tercio) y desvincularse del control directo que como prestador se tiene sobre la licencia a título de adjudicatario, de cesionario o de arrendatario.

TERCERO. La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual reconoce el derecho a recibir una comunicación audiovisual plural que "se preste a través de una diversidad de fuentes y de contenidos y a la existencia de diferentes ámbitos de cobertura, acordes con la organización territorial del Estado. Esta prestación plural debe asegurar una comunicación audiovisual cuya programación incluya distintos géneros y atienda a los diversos intereses de la sociedad, especialmente cuando se realice a través de prestadores de titularidad pública" (art. 4).

Con la finalidad de garantizar ese pluralismo informativo y la libre competencia el art. 37 limita el número de licencias que una misma persona física o jurídica puede controlar y lo hace en los siguientes términos:

"1. Una misma persona física o jurídica no podrá, en ningún caso, controlar directa o indirectamente más del cincuenta por ciento de las licencias administrativas del servicio de radiodifusión sonora terrestre que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura. En todo caso, una misma persona física o jurídica, no podrá controlar más de cinco licencias en un mismo ámbito de cobertura.

2. En una misma Comunidad Autónoma ninguna persona física o jurídica podrá controlar más de cuarenta por ciento de las licencias existentes en ámbitos en los que sólo tenga cobertura una única licencia.
3. Ninguna persona física o jurídica podrá controlar directa o indirectamente más de un tercio del conjunto de las licencias del servicio de radiodifusión sonora terrestre con cobertura total o parcial en el conjunto del territorio del Estado.
4. Con objeto de limitar el número de licencias cuyo control puede simultanearse, a la hora de contabilizar estos límites no se computarán las emisoras de radiodifusión sonoras gestionadas de forma directa por entidades públicas. A los efectos previstos en este artículo, se entenderá que existe control cuando se den los supuestos a los que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio.
5. Los límites anteriores se aplicarán de forma independiente a las licencias para la emisión con tecnología digital y a las licencias para la emisión en tecnología analógica".

Cobra especial importancia la previsión contenida en el apartado 4 de este precepto en la que se afirma que "A los efectos previstos en este artículo, se entenderá que existe control cuando se den los supuestos a los que se refiere el artículo 42 del Código de Comercio". Precepto este último que hace referencia a un control societario, esto es al que ejerce una sociedad dominante sobre otra dependiente, bien a través de la mayoría de los derechos de voto, la posibilidad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración o por la designación de la mayoría de los miembros del órgano de administración.

Dicha previsión, en contra de lo sostenido por la parte recurrente, no puede entenderse como excluyente de cualquier otra modalidad de control que se pueda ejercerse sobre la licencia. El propio art. 37.1 de la LGCA hace referencia a cualquier modalidad de control, directo o indirecto, sobre la licencia de modo que el control efectivo que ejerce el arrendatario de una licencia, en cuanto prestador del servicio (según dispone el art. 2 de la LGCA), también ha de considerarse como una modalidad de control que se ejerce sobre el contenido editorial y la programación y que por lo tanto tiene una clara incidencia en el pluralismo informativo que los límites previstos en el art. 37 tratan de proteger. La interpretación contraria conduciría al absurdo de que una empresa sin ser titular de ninguna licencia y mediante la suscripción de contratos de arrendamiento con los titulares de la licencia no estaría sujeta a límite alguno y podría monopolizar la difusión radiofónica de un territorio. Y por el contrario a los titulares de esas licencias o las sociedades que ejercen un control societario sobre la titular de la licencia se las sujeta a importantes límites en aras a preservar el pluralismo informativo.

No debe olvidarse que el arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual tendrá la consideración de prestador de servicio y, por lo tanto, tiene el control efectivo que la propia norma en su artículo 2 identifica con la dirección editorial, sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas.

En definitiva, en consonancia con lo afirmado en las sentencias impugnadas, entendemos que el arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual ostenta el control efectivo sobre la prestación del servicio de comunicación y, por lo tanto, queda sometido a los límites previstos en el art. 37.1 de la LGCA con la finalidad de garantizar una comunicación audiovisual plural.

Ninguna incidencia tiene por razones de vigencia temporal las previsiones contenidas en la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, cuyo art. 78, por otra parte diferencia la posibilidad de adquirir participaciones y derecho de voto respecto del límite referido al "control directo o indirecto de más del cincuenta por ciento de las licencias para prestar servicios de comunicación audiovisual radiofónicos mediante ondas hertzianas terrestres que coincidan sustancialmente en su ámbito", mientras que para limitar el control por una misma persona física o

jurídica de más de cinco licencias en un mismo ámbito territorial, que trata en apartado independiente, tan solo hace referencia al "control".

Coincidimos también con la sentencia de instancia respecto al rechazo a considerar que los límites del art.

37.1 de la Ley deben aplicarse de forma separada a las licencias radiofónicas que emiten en onda media y en frecuencia modulada, pues no existe en el precepto legal previsión alguna que avale esta distinción. Tampoco en las normas posteriores encuentra encaje esta distinción pues la ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual art. 78 en su apartado 6 dispone: "Los límites anteriores se aplicarán de forma independiente a las licencias para la emisión con tecnología digital y a las licencias para la emisión en tecnología analógica" , por lo que tampoco las normas posteriores diferencian entre tecnología digital y analógica pero no en relación con la forma de modular las ondas. Por otra parte, la referencia el ámbito de cobertura tampoco guarda relación con la emisión en AM o FM.

CUARTO. Tampoco se aprecia la invocada vulneración de los artículos 20.1.d) y 24.1 de la Constitución. Por lo que respecta al primero al entender que se priva a la sociedad recurrente de poder ejercer sus libertades de expresión e información por cualquier medio (en este caso a través de la radiodifusión sonora) sin que existe una ley que autorice esa restricción; y respecto al segundo al no aplicar el art. 37.2 y no examinar el contrato de arrendamiento no se ejerce el más mínimo enjuiciamiento del contrato de arrendamiento.

Es evidente que una sociedad que dispone de cuatro licencias radiofónicas en Cataluña (tres en FM y una más en AM) y una participación mayoritaria en una sociedad que es arrendataria de una licencia en ese ámbito de cobertura y pretende tener en arrendamiento el control de una sexta está muy alejada de poder afirmar que se vulnera su libertad de expresión e información, máxime cuando la limitación del número máximo de licencias que se pueden controlar persigue precisamente la defensa de la libertad de expresión e información plural y no solo de una sociedad.

Por todo ello procede desestimar la pretensión principal planteada en el recurso de casación.

QUINTO. La entidad sostiene que si se desestimase su pretensión principal debería anularse las sentencias impugnadas por no haber analizado el contrato de arrendamiento para ver si el arrendador condicionaba o limitaba los poderes editoriales del recurrente o si su concreta orientación y ejercicio de tales poderes fueron una causa relevante del contrato de arrendamiento, debiendo retrotraerse actuaciones para que por el Consejo de Comunicación Audiovisual de Cataluña analice si a las vista de los términos concretos del contrato de arrendamiento sometido a autorización se deduce que el arrendador de alguna forma ha condicionado o no la orientación y ejercicio del poder editorial del arrendataria.

El recurrente plantea en realidad que la sentencia apelada incurrió en una incongruencia omisiva pero lo cierto es que dicha alegación se planteó en la instancia en términos muy genéricos sin solicitar en el suplico, como ahora se pretende en casación, la retroacción de actuaciones para que se valore el clausulado del contrato a tal fin.

En todo caso, se trata de una cuestión ajena al interés casacional apreciado en admisión. Debe recordarse que por Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 3 de noviembre de 2021 decidió que "la sentencia de casación debe limitar su examen a las infracciones jurídicas planteadas en el escrito de interposición sobre las que previamente se ha apreciado el interés casacional en el auto de admisión, pero puede extenderse a otras infracciones jurídicas asimismo planteadas en el escrito de interposición (y antes anunciadas en el de preparación) siempre y cuando guarden relación de conexidad lógico-jurídica con las identificadas en el auto de admisión como dotadas de interés casacional".

Pues bien, la cuestión controvertida y sobre la que se apreció interés casacional en admisión versaba sobre una cuestión de derecho consistente en interpretar el término "control" utilizado en el art. 37.1 in fine de la Ley 7/2020 de 31 de marzo, lo que constituye una cuestión jurídica, mientras que la ahora suscitada por la parte versa sobre la valoración del clausulado del contrato de arrendamiento de una licencia a los efectos de determinar si el arrendador tiene o no capacidad de incidir o condicionar las decisiones del arrendatario sobre el contenido y la forma de prestación del servicio, cuestión ajena al recurso de casación por implicar una valoración de la prueba y una cuestión de hecho excluida del recurso de casación (art. 87 bis LJ). Y ello con independencia que correspondía a dicha sociedad acreditar y no lo hizo en la instancia que el propio clausulado limitaba y en qué medida su efectiva capacidad de toma de decisiones en la prestación del servicio radiofónico.

SEXTO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

El arrendatario de una licencia de comunicación audiovisual ostenta el control efectivo sobre la prestación del servicio de comunicación y, por lo tanto, queda sometido a los límites previstos en el art. 37.1 de la LGCA con la finalidad de garantizar una comunicación audiovisual plural.

SÉPTIMO. De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

Se mantienen los pronunciamientos de costas de las sentencias recurridas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico sexto:

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la "Sociedad española de radiodifusión SLU" contra la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 15 de abril de 2021 (rec. apelación 454/2019).

2º No imponer las costas de casación y mantener los pronunciamientos de costas de las sentencias impugnadas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa. Así se acuerda y firma.