

Id Cendoj: 28079130042010100127
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 4
Nº de Recurso: 1212/2007
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: SEGUNDO MENENDEZ PEREZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Resumen: Cataluña. Concurso público para la concesión de la explotación de un canal múltiple de televisión digital terrestre de cobertura nacional y emisión principalmente en abierto. Impugnación por la Administración del Estado de algunas previsiones de su Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas al entender que invaden la competencia exclusiva del Estado en materia de telecomunicaciones. Sentencia de instancia parcialmente estimatoria. Estimación del recurso de casación y desestimación del recurso contencioso-administrativo

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil diez.

VISTO por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA, representada y dirigida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, contra sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 19 de enero de 2007, sobre impugnación del Pliego de Cláusulas Administrativas y Particulares y de Prescripciones Técnicas para la adjudicación de la concesión de un canal múltiple de televisión digital terrestre de cobertura nacional y emisión en abierto.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 1012/2003 la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 19 de enero de 2007, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: " **FALLO : ESTIMAMOS** el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO (Ministerio de Ciencia y Tecnología), contra Pliego de cláusulas administrativas y particulares y de prescripciones técnicas para la adjudicación de la concesión de un canal múltiple de televisión digital terrenal con cobertura nacional y emisión en abierto, publicado en el Anuncio de licitación del concurso público para dicha concesión, en el DOGC 3883 de 14.5.2003, y **DECLARAMOS la NULIDAD** de las cláusulas 17.2. Tercero. 3 (último inciso de su párrafo cuarto), 4 y 6, y del Anexo I en relación con las cláusulas 1.1 y 5.2. Desestimando las demás pretensiones de la demanda. Sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia ha preparado recurso de casación la representación procesal de la ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CATALUÑA, interponiéndolo en base al siguiente motivo de casación:

Primero : Al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia en relación al deber de motivación que resulta de los artículos 9 y 120 CE, 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo : Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley de la Jurisdicción , por infracción de las normas del ordenamiento jurídico que fueran aplicables para la resolución de las cuestiones objeto del debate, infracción que ha sido relevante y determinante del fallo y, en concreto, que la sentencia vulnera los preceptos que la misma cita, incurre en infracción de lo que disponen los artículos 149.1 21ª y 27ª de la CE y 16 del Estatuto de Autonomía de Catalunya (texto de 1979), así como de la jurisprudencia que los interpreta, y del resto de normativa que se citó en los escritos de demanda y de contestación de la demanda: Ley Estatal 66/1997, de 30 de diciembre , que fija el régimen jurídico de la radiodifusión sonora digital terrestre y de la televisión digital terrestre, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones , el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre , que aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre y la Orden de 9 de octubre de 1998, del Ministerio de Fomento, que aprueba el Reglamento Técnico de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrestre.

Y termina suplicando a la Sala que "...dicte en su día Sentencia por la que, con estimación de este recurso, se case la Sentencia recurrida, de 19 de enero de 2007 , y se resuelva en los términos que esta parte tiene interesados, declarando ajustadas a derecho las cláusulas y el anexo del "Pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas" relativas al concurso público para la concesión de la explotación de una canal múltiple de televisión digital terrestre con cobertura nacional y emisión principalmente en abierto, anulados por la Sentencia recurrida, y desestimando, en consecuencia, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración General del Estado".

TERCERO.- La representación procesal de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala que "...dicte sentencia por la que sea desestimado el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 44 de 19 de enero de 2007 (autos 1012/2003), al ser la misma plenamente conforme a Derecho, con imposición de las costas por ser preceptivas".

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 29 de enero de 2010 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 2 de marzo del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los dos motivos de casación que formula la representación procesal de la Administración de la Generalidad de Cataluña, denuncia al amparo del art. 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción un vicio de falta o insuficiencia de motivación y, además, otro de incongruencia interna.

El motivo no debe prosperar, pues su desarrollo argumental hace en realidad supuesto de la cuestión. Así, arranca de la idea de que la tesis correcta es la que la parte defiende, esto es, de que hay necesidad de distinguir claramente entre la red de telecomunicaciones, de un lado, y las obligaciones de cobertura que se imponen a un concesionario de un canal múltiple de televisión digital terrestre, de otro; y a partir de ahí, localiza aquellos vicios en una respuesta de la Sala de instancia que a su juicio no acierta a reflejar ni a valorar esa necesaria distinción.

Amén de ello, aunque es cierto que esa respuesta pudiera haber sido más explícita, lo es también que expone de un modo comprensible, en el sentido de que no genera dudas sobre lo que ahí dice y argumenta, cuál es la razón por la que a juicio de aquella Sala es evidente que las obligaciones de cobertura se establecen sobre la red de telecomunicaciones, conculcando con ello la competencia exclusiva que en esa materia atribuye al Estado el art. 149.1.21 de la Constitución.

SEGUNDO.- El otro motivo de casación denuncia al amparo del art. 88.1.d) de la LJ la infracción de los artículos 149.1, reglas 21 y 27, de la Constitución y 16 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (texto de 1979), así como de la jurisprudencia que los interpreta. Y añade, pero ya sin cita de preceptos concretos, que la sentencia de instancia infringe también las leyes estatales 66/1997 y 11/1998 , el Real Decreto 2169/1998 y la Orden del Ministerio de Fomento de 9 de octubre de 1998 , que aprobó el Reglamento Técnico de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrestre.

El argumento es, en suma, que las previsiones impugnadas y anuladas del Pliego de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del concurso público que convocó la Administración de la Generalidad para otorgar la concesión de la explotación de un canal múltiple de televisión digital terrestre de cobertura nacional y emisión principalmente en abierto, no invaden la competencia exclusiva del Estado

en materia de telecomunicaciones, si este título competencial se interpreta, como debe ser, en un sentido no expansivo. La sentencia recurrida infringe aquellos preceptos: de un lado, al identificar las obligaciones de cobertura que se imponen al concesionario como obligaciones sobre la red de telecomunicaciones; y, de otro, al entender que se regulan cuestiones técnicas relativas a esa red, cuando lo cierto es que sólo se requiere la presentación de documentación que acredite las condiciones, algunas de ellas técnicas, en las que prestará el servicio de televisión digital terrestre el licitador.

El motivo debe prosperar.

TERCERO.- La delimitación e interpretación armónica de los dos títulos competenciales en juego: el de uno de los incisos de la *regla 21ª de aquel art. 149.1*, en el que se atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de telecomunicaciones; y el de la *regla 27ª* del mismo artículo, que le atribuye esa misma competencia, pero sólo sobre las normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, puede extraerse, como bien hace la parte recurrente, de la *STC 168/1993*. Los tres últimos párrafos de su fundamento jurídico núm. 4 contienen la doctrina constitucional que a continuación transcribimos:

"[...] el otorgamiento de concesiones para la gestión indirecta del servicio, por su estrecha conexión con los medios de comunicación social solicitantes de concesiones, que se sirven como instrumento de las emisoras de radiodifusión sonora para ejercer los derechos fundamentales que el *art. 20 CE* consagra (*SSTC 12/1982*, fundamento jurídico 2.º; *206/1990*, fundamento jurídico 6.º y *119/1991*, fundamento jurídico 5.º), es una medida que, por su finalidad, encuentra un acomodo natural y específico en el *título del art. 149.1.27 CE* referido a las normas básicas del régimen de radio y, en general, de todos los medios de comunicación social y, en consecuencia, dado el carácter ejecutivo de la potestad controvertida, su adopción incumbe a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. Ello es así puesto que aquí prima la naturaleza de un servicio de difusión y comunicación social, cuyo ejercicio la concesión autoriza, frente al soporte técnico de la emisora o red de radiocomunicación de que se sirve. Es un corolario ineluctable de este pronunciamiento que no sólo la resolución de solicitudes de concesión de emisoras de radiodifusión en ondas métricas con modulación de frecuencia, su otorgamiento y la regulación del procedimiento de adjudicación de las mismas, sino también facultades accesorias de esta principal como son la inspección de los servicios e imposición de sanciones derivadas de infracciones a esa normativa autonómica, deben corresponder también a quien ostenta aquella potestad principal (*STC 108/1993*).

En definitiva, todos estos aspectos y otros de la radiodifusión conectados con las libertades y derechos fundamentales recogidos en el *art. 20 CE*, en los que prevalece la consideración de la radio y la televisión como medio de comunicación social mediante un fenómeno que no es sustancialmente distinto al de la prensa, encuentran un natural acomodo en el *art. 149.1.27 CE* a efectos de la distribución de competencias.

En cambio, aquellos aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual la radio y la televisión se sirven -las ondas radioeléctricas o electromagnéticas- quedan dentro de la materia radiocomunicación y, por tanto, de la competencia estatal *ex art. 149.1.21 CE* para ordenar el dominio público radioeléctrico. Y es constitucionalmente legítimo que el Estado regule desde una concepción unitaria -dada la unidad intrínseca del fenómeno- la utilización del dominio público radioeléctrico y proceda a una ordenación conjunta de todas las variantes de telecomunicación y de radiocomunicación, en particular, y no sólo las destinadas a emisiones de radio y televisión cualificadas por su recepción por un gran número de usuarios. Pero es indudable que siendo el contenido del *título competencial del art. 149.1.21 CE* virtualmente más expansivo que el otro del *art. 149.1.27 CE*, debe ser interpretado restrictivamente para evitar una exclusión de las competencias autonómicas sobre radio y televisión".

Hay ahí, por tanto, una exigencia de interpretación restrictiva del título de la *regla 21ª*. Y, en la misma línea, una indicación de que son los aspectos claramente atinentes a la regulación de los extremos técnicos del soporte o instrumento del cual se sirven la radio y la televisión, los que quedan dentro de ella.

CUARTO.- Trasladando esa interpretación constitucional a las previsiones de aquel Pliego impugnadas por la Administración del Estado y anuladas por la Sala de instancia, llegamos a las siguientes conclusiones:

A) La *cláusula 17.2.Tercero.4*, comienza disponiendo en su primer párrafo que "los licitadores incluirán su propuesta de cobertura para el ámbito de Cataluña, en los términos que plantea el Plan Técnico Nacional de la TDT, aprobado en el *Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, como mínima*". Añade en el

segundo que "asimismo, la propuesta de los licitadores indicará el calendario detallado de despliegue de los servicios. Éste deberá satisfacer, como mínimo, las fases de despliegue que se indican a continuación, quedando excluidas las propuestas que presenten plazos inferiores..." (1ª fase, a cubrir entre el primero y el segundo año de vigencia de la concesión, se dará servicio a un 60% de la población de Cataluña. Y fases sucesivas hasta la 4ª, a cubrir entre el sexto y octavo año, en que se dará servicio, como mínimo, a todas las poblaciones de 1.000 habitantes o más). Y concluye en el párrafo quinto estableciendo que "no obstante, el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, mediante acuerdo, podrá ampliar los plazos de las previsiones iniciales de extensión de cobertura contenidas en este pliego, o asumidas de forma contractual a modo de compromiso expreso por el adjudicatario, cuando la evolución tecnológica de la TDT así lo aconseje".

Hay ahí la imposición a los licitadores de un calendario de despliegue de los servicios del canal de televisión que satisfaga, como mínimo, las fases que se indican. Sin embargo, aunque ese despliegue requiere como condición previa y necesaria que la disponibilidad del espectro radioeléctrico y de las redes de telecomunicación que lo ocupan lo permita, ahí, en esa cláusula, no se constriñe ni condiciona la competencia exclusiva del Estado sobre ese bien de dominio público y su ocupación. Ni supone desconocer que las decisiones de disponibilidad del espectro radioeléctrico necesarias para alcanzar el despliegue pretendido corresponden al Estado. La cláusula parte en realidad de previsiones iniciales sobre lo que permitirá ese instrumento o soporte del que se ha de servir el canal de televisión, e impone al licitador una propuesta acorde con ellas. Pero de ella, en sí misma, nada se deriva para terceros ajenos a la relación contractual que se trabe entre la Administración concedente y el adjudicatario de la concesión.

En definitiva, no vemos, a diferencia de lo que sí ve la Sala de instancia, que en sentido propio, jurídico, "las obligaciones de cobertura se establezcan sobre la red de telecomunicaciones, ya que inciden en la cobertura que debe tener y en su despliegue temporal". Ni vemos que aquella cláusula haga referencia, en ese mismo sentido, "a obligaciones que deberán cumplirse por la red de telecomunicaciones", como afirmaba el Abogado del Estado en su demanda. Ni a ella, en sí misma o por sí sola, cabría ligar el efecto o consecuencia jurídica, también apuntada en ese mismo escrito de demanda, de generar una hipotética responsabilidad patrimonial del Estado frente al concesionario que no pudiera cumplir el despliegue comprometido. Ni vulnera realmente, por la cobertura o despliegue al que aspira, "la reserva de espectro radioeléctrico practicada por el Estado", alegada finalmente en el apartado C) del fundamento de derecho octavo del repetido escrito de demanda.

B) En la misma línea, el análisis de las previsiones y referencias de carácter técnico que se incluyen en la *cláusula 17.2.Tercero.3 (último inciso de su párrafo cuarto)* y 6 (únicas a las que se refiere la Sala de instancia cuando analiza este extremo de la impugnación), no nos muestra en modo alguno que ahí se exijan requerimientos técnicos de nuevo cuño que imponga la Administración concedente, o que, como se afirmaba en aquel escrito de demanda, incidan "en la regulación de aspectos técnicos de la red", o que, como también se decía en él, estén "regulando una red de telecomunicaciones". Más bien, lo único que hay es la exigencia de que el licitador aporte informaciones de ese carácter (así, en aquel último inciso y en la práctica totalidad del número 6) y la remisión (en lo restante de este número) a las normas estatales, comunitarias e internacionales que regulan tales requerimientos, con una indicación (incluida en él) bien expresiva, pues se dice en ella que "en general, y en todo lo que se refiere a aspectos técnicos en este concurso, deberá cumplirse la normativa vigente aplicable a cada caso".

Por tanto, no consideramos suficiente para anular esos extremos del Pliego la razón, única en que parece basarse la sentencia de instancia, de que la exigencia de aportación de datos técnicos conculque aquella competencia exclusiva del Estado en la materia de telecomunicaciones.

C) Por fin, el Anexo I del Pliego, referido a las características técnicas del canal múltiple, a las que se remiten las cláusulas 1.1 y 5.2, se limita a transcribir literalmente lo que sobre ellas notificó a la Administración de la Generalidad la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología. Con ello, no vemos que se haga algo distinto de informar a los licitadores, incorporando al Pliego un elemento que han de conocer. Ni vemos tampoco, a diferencia de lo que parece entender la Sala de instancia, que al hacerlo se desconozca o invada por esa Administración una competencia ajena, sino, más bien, lo contrario.

QUINTO.- Dado el fallo de la sentencia recurrida, en el que sólo se anulan las previsiones de las que nos hemos ocupado en las tres letras del fundamento de derecho anterior, "desestimando las demás pretensiones de la demanda"; y dado que dicha sentencia sólo ha sido recurrida en casación por la Administración de la Generalidad de Cataluña, no por la del Estado, lo antes razonado conduce a estimar el recurso de casación y a desestimar totalmente el recurso contencioso-administrativo.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el *art. 139 de la LJ*, no procede imponer las costas

causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

HA LUGAR al recurso de casación que la representación procesal de la Administración de la Generalidad de Cataluña interpone contra la sentencia de fecha 19 de enero de 2007, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso núm. 1012 de 2003. Sentencia que casamos, dejándola sin efecto. Y en su lugar, **desestimamos** totalmente ese recurso contencioso-administrativo, sin imponer las costas causadas, ni en la instancia, ni en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente de esta Sala Excmo. Sr. D. Segundo Menendez Perez, todo lo cual yo el Secretario, certifico.