



ACORD 18/2010, DE 27 DE GENER, DEL PLE DEL CONSELL DE L'AUDIOVISUAL DE CATALUNYA

Sol·licituds d'autorització formulades pel prestador del servei de televisió digital terrestre de cobertura nacional EMISSIONS DIGITALS DE CATALUNYA, SAU per a la inclusió dins del múltiplex de què és adjudicatària d'un cinquè canal i per a la subcontractació dels programes núms. 2 i 5, en favor de l'entitat NEW MILLENIUM MARKET

FETS

1r. L'1 d'agost de 2003, el Govern de la Generalitat va adoptar l'Acord pel qual va adjudicar la concessió per a l'explotació d'un canal múltiple en règim de gestió indirecta i emissió, principalment en obert, del servei públic de televisió digital terrestre, de multifreqüència i de cobertura nacional, a EMISSIONS DIGITALS DE CATALUNYA, SAU (en endavant, EDC, SAU), per un període de 10 anys renovables per períodes successius iguals amb el termini màxim previst a la legislació de contractes de les administracions públiques (DOGC núm. 3495, de 12.8.2003).

El 17 de setembre de 2003, la societat concessionària i el Departament de la Presidència de l'Administració de la Generalitat de Catalunya van formalitzar el contracte administratiu corresponent.

2n. Mitjançant un escrit que ha tingut entrada en el Registre del Consell de l'Audiovisual de Catalunya el 14 de desembre de 2009 (registre d'entrada núm. 3141/2009), el senyor Albert Rubió i Peiró, en nom i representació d'EDC, SAU, sol·licita, per tal de poder desenvolupar el programa temàtic anomenat "Vida", que el Consell, autoritzi la inclusió dins del canal múltiple de què és adjudicatària d'un cinquè canal de caràcter comercial, amb la modificació pertinent del contracte administratiu, per raó d'interès públic i l'existència de causes sobrevingudes que detalla en el cos de l'escrit, i, en segon terme, demana que el Consell autoritzi la subcontractació de l'explotació dels programes núm. 2 i 5, en favor de l'entitat mercantil NEW MILLENIUM MARKET.

EDC, SAU per tal de fonamentar la sol·licitud d'autorització per a la inclusió dins del canal múltiple d'un cinquè canal esgrimeix que l'estat actual de la tècnica permet obtenir unes millors prestacions del canal múltiple. A aquest efecte, el prestador aporta una còpia d'un escrit subscrit pel director d'Abertis Telecom com a document probatori d'aquesta circumstància.

En particular, en favor d'aquesta sol·licitud, el prestador posa de relleu els aspectes següents:

- Que, d'acord amb el plec de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques que regeix la contractació l'objecte del contracte és l'explotació d'un canal múltiple considerat globalment, atesos els paràmetres tècnics que es defineixen en l'Annex I d'aquest document, i que, en cap cas, el Plec no imposa o requereix un nombre específic de programes per a conformar el canal múltiple en qüestió.





- Que l'oferta tècnica que EDC, SAU va formular en el marc de la licitació del contracte en base a quatre (4) programes televisius, més d'un (1) addicional de dades, es va efectuar d'acord amb les condicions establertes en el Plec, atès l'estat de la tècnica i l'experiència disponible en aquell moment.
- Que, atès que l'eventual autorització que es dicti comporta la prèvia modificació del contracte, detalla un ventall de circumstàncies imprevistes que justificarien la seva tramitació i, si s'escau, aprovació, en base a raons d'interès públic.

I, per tal d'argumentar la sol·licitud de subcontractació dels 2 programes, aporta una còpia del contracte mercantil subscrit entre EDC, SAU i l'entitat NEW MILLENIUM MARKET, que té per objecte la subcontractació de l'explotació dels programes temàtics núm. 2 i 5 del canal múltiple de què és adjudicatària. A aquest contracte, s'acompanya la documentació següent: (1) Graella de programació corresponent al programa núm. 2, amb el nom "estil de vida"; (2) Signes distintius d'EDC, SAU; (3) Solvència tècnica del subcontractista; (4) Solvència econòmica del subcontractista.

3r. El 25 de gener de 2010, l'Àrea Jurídica del Consell ha informat en sentit desfavorable la sol·licitud d'autorització de la inclusió en el canal múltiple que gestiona EDC, SU i en sentit favorable, sens perjudici d'algunes observacions, la sol·licitud de subcontractació del programa temàtic núm. 2.

FONAMENTS DE DRET

Primer. Competència del Consell de l'Audiovisual de Catalunya

El Consell de l'Audiovisual de Catalunya, que va ser creat per la Llei 2/2000, de 4 de maig, és l'autoritat reguladora independent en l'àmbit de la comunicació audiovisual pública i privada i actua amb plena independència del Govern de la Generalitat en l'exercici de les seves funcions, de conformitat amb allò que estableix l'article 82 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i l'article 113 de la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (en endavant, LCA).

Des d'una perspectiva substantiva, l'article 146 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya estableix amb caràcter general la competència de la Generalitat de Catalunya sobre els mitjans de comunicació audiovisual. I, en concret, és l'article 115 de la LCA la qual atribueix al Consell la competència plena per a exercir totes les potestats inherents a l'atorgament de títols habilitants per a la prestació de serveis audiovisuals.

Per tant, tot i que va ser el Govern de la Generalitat qui, en un altre context institucional, va licitar i adjudicar el contracte per a l'explotació d'un canal múltiple de televisió digital terrestre de multifreqüència, amb cobertura nacional i emissió principalment en obert a EDC, SAU, el Consell de l'Audiovisual de Catalunya és, en aquests moments, l'organisme competent per a exercir totes les potestats administratives inherents a l'adjudicació del contracte que ens ocupa, incloses les modificacions contractuals i les autoritzacions de subcontractacions, així com d'altres qüestions que vinculades a la seva competència puguin sorgir en el decurs de l'execució del contracte.





Segon. Sol·licitud d'autorització per a la inclusió d'un cinquè canal dins del canal múltiple de què EDC, SAU és adjudicatària

Amb caràcter previ a l'anàlisi de la qüestió de fons que planteja la sol·licitud formulada cal fer un seguiment d'observacions sobre el règim jurídic del servei públic de televisió digital terrestre.

El règim jurídic de l'activitat de la televisió digital terrestre està contingut en la Llei de l'Estat 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social. En concret, la disposició addicional 44a d'aquest text legal qualifica aquesta activitat com a un servei públic i atribueix la titularitat en l'àmbit autonòmic a les comunitats autònomes.

La disposició citada, així mateix, permet la gestió indirecta del servei públic de televisió amb tecnologia digital a entitats privades en aquest àmbit geogràfic, i preveu que s'atorguin tantes concessions com resulti tècnicament possible en virtut de les disponibilitats de l'espectre radioelèctric.

El Parlament de Catalunya, mitjançant la Llei 22/2005, de 29 de desembre, de la comunicació audiovisual de Catalunya (en endavant la LCA) reconsidera la noció de servei públic d'aquest tipus de servei de comunicació i substitueix el règim de concessió establert a la normativa estatal per la d'una llicència, en concret, quan es tracti de serveis de comunicació audiovisual que es prestin mitjançant l'ús de l'espectre radioelèctric, amb la finalitat de donar compliment al principi general que la inspira de la lliure iniciativa en la prestació d'aquest tipus de serveis.

Com a condició prèvia per a la convocatòria de procediments d'adjudicació de llicències, segons l'article 49 de la LCA prescriu, es requereix la planificació tècnica del Govern pel que fa a la gestió de l'espectre radioelèctric i l'assignació de freqüències en els àmbits de cobertura corresponents.

Segons l'article 47 de la LCA, l'objecte de la llicència per a prestar serveis de comunicació audiovisual és cadascun dels canals digitals que integren els canals múltiples.

Dit això, el Govern de la Generalitat va adjudicar el contracte per a l'explotació d'un canal múltiple en règim de gestió indirecta i emissió, principalment en obert, del servei públic de televisió digital terrestre, de multifreqüència, mitjançant el règim de concessió, de conformitat amb allò que estableix la Llei de l'Estat 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, en concordança amb el que estableix la lletra a) de l'article 159 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny i en el context de planificació de l'espectre radioelèctric que el Reial decret 2169/1998, de 9 d'octubre, va determinar.

Així mateix, l'adjudicació del contracte comportà la concessió accessòria del domini públic radioelèctric, de conformitat amb el que estableix la clàusula 30.2 del Plec de clàusules administratives particulars que regeix la contractació (en endavant, el Plec), en concordança amb la Llei 11/1988, de 24 d'abril, general de telecomunicacions, i la



disposició addicional 44 de la Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social.

Centrada la qüestió en aquests termes, pertoca ara examinar des d'una perspectiva jurídica la sol·licitud del prestador d'inclusió d'un nou programa en el canal múltiple que gestiona, atesos els termes en què aquesta sol·licitud es troba formulada.

El prestador, en favor de la seva pretensió, sosté que, d'acord amb el Plec que regeix la contractació, l'objecte del contracte és l'explotació d'un canal múltiple considerat globalment, atesos els paràmetres tècnics que es defineixen en l'Annex I d'aquest document, i, que, en cap cas, el Plec no imposa o requereix un nombre específic de programes per a conformar el canal múltiple en qüestió.

D'acord amb el que estableix la clàusula primera del Plec¹, l'objecte del contracte que s'examina és l'explotació d'un canal múltiple en règim de gestió indirecta i emissió principalment en obert del servei de televisió digital terrestre (en endavant, TDT), de multifreqüència i amb cobertura territorial a Catalunya, d'acord amb les característiques tècniques previstes a l'Annex I.

Això no obstant, per a la determinació de l'objecte del contracte, s'ha d'interpretar de manera conjunta el Plec que regeix la contractació i el contracte administratiu subscrit el 17 de setembre de 2003, en què el prestador assumeix en qualitat d'obligació contractual essencial els programes que s'oferiran dins del canal múltiple, que es troben determinats i definits en la proposició tècnica que va formular en la fase de licitació del contracte, i que consten ten incorporats com a annex núm. II del contracte administratiu. En concret, els 4 programes assumits com a obligació essencial en el document contractual són els següents:

- Programa 1.- Programa generalista *8tv* amb una estructura de graella horitzontal ajustada als hàbits de consum dels espectadors.
- Programa 2.- Programa temàtic *Vida* orientat a emetre continguts relacionats amb la vida (salut, viatges, cultura, gastronomia, gent gran, etc.) i amb tot allò que té a veure amb la qualitat de vida.
- Programa 3.- Programa temàtic infantil *Parc* orientat a emetre continguts diferencials dirigits als infants.²
- Programa 4.- Programa temàtic musical *Black* orientat a emetre continguts musicals i culturals dirigits als joves catalans.

Queda clar, doncs, que d'una interpretació sistemàtica i global de les clàusules administratives del Plec que regeix en la contractació i del contracte administratiu subscrit entre el prestador i el Govern de la Generalitat, l'objecte controvertit del contracte és l'explotació del servei de televisió digital terrestre de cobertura nacional en el marc dels 4 programes que integren el canal múltiple, i, no, com el prestador pretén, la gestió del canal múltiple considerat globalment en el seu conjunt, sense especificació de programes, en base als paràmetres tècnics que consten en el Plec.

¹ Vegeu també la clàusula primera del contracte administratiu subscrit el 17 de setembre de 2003.

² L'Acord 169/2008, de 29 d'octubre, del Ple del Consell autoritza la subcontractació del programa núm. 3 del canal múltiple de què EDC, SAU és adjudicatària, prèvia modificació del contracte, en favor del l'entitat FC Barcelona.



En suport d'aquesta interpretació, cal citar l'article 47 de la LCA que prescriu que l'objecte de la llicència per a prestar serveis de comunicació audiovisual és cadascun dels canals digitals que integren els canals múltiples.

Feta aquesta primera apreciació, contrària a les manifestacions del prestador, cal afegir que la major disponibilitat actual de les característiques tècniques que consten en el Plec, no pot, en cap cas, condicionar les condicions d'execució de la prestació del servei. En efecte, sens perjudici d'altres consideracions de caràcter patrimonial entorn la configuració del demaní com a instrument i contingut de la funció pública a la que estan destinats els béns que la integren³, cal palesar que la prestació dels serveis de comunicació audiovisual, en aquest cas, del servei de televisió digital terrenal, amb cobertura nacional, només comporta, amb caràcter accessori, la concessió corresponent sobre l'espectre radioelèctric. Aquest principi general es troba recollit a l'article 87 de la Llei de l'Estat 33/2003, de 3 de novembre, de patrimoni de les administracions públiques⁴, que prescriu que la concessió sobre el domini públic radioelèctric, resta subordinada, diluïda o inclosa en el marc del títol contractual que habilita a la prestació del servei, extrem que comporta que la utilització dels béns es regeixi, en primer terme, per les normes que regulen el servei públic

En aquest sentit, de les normes reguladores del servei, i en particular, de l'apartat 4t de la disposició addicional 44a de la Llei de l'Estat 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i d'ordre social, es desprèn que les concessions per a la gestió indirecta dels serveis públics de televisió amb tecnologia digital terrenal per entitats privades, seran les que resultin tècnicament possibles, segons la disponibilitat de l'espectre radioelèctric, de conformitat amb els plans tècnics per a la prestació del servei que aprovi el Govern.

I, per tant, en el cas en què certament s'apreciés en seu pública una major disponibilitat de l'espai radioelèctric, hauria de ser, en aquest cas, el Consell qui, de conformitat amb l'ordenament jurídic vigent, endugués les actuacions oportunes per atorgar noves concessions, prèvia la planificació corresponent.

Més enllà de les disquisicions fins ara dutes a terme que mouen a considerar la inadmissibilitat de la sol·licitud, cal dur a terme alguna consideració respecte de la modificació contractual que caldria tramitar i, si s'escau, aprovar, amb caràcter previ, en el supòsit, negat d'acord amb les consideracions anteriors, que es resolgués en un sentit favorable la sol·licitud d'autorització que s'analitza.

Per tal d'analitzar la qüestió, resulta cabdal posar de relleu que la incorporació d'un nou programa en el marc contractual descrit, que de fet suposaria l'ampliació de

³ L'article 132.1. de la Constitució espanyola estableix la inaccessibilitat per part dels particulars, amb el ben entès que el seu règim jurídic els categoritza de béns inalienables, imprescriptibles, i inembargables. En conseqüència, la necessària intervenció administrativa a través de l'atorgament de la concessió o l'autorització corresponent quan l'aprofitament d'un bé públic va més enllà de l'ús comú o general.

⁴ Art. 87 de la Llei de l'Estat 33/2003, de 3 de novembre, de patrimoni de les administracions públiques: "La utilització dels béns i drets destinats a la prestació d'un servei públic s'ha de supeditar a allò que disposin les normes reguladores del servei i, subsidiàriament, per aquesta Llei".



l'objecte, comportaria l'alteració d'una condició de caire substancial o essencial del contracte.⁵

En relació amb les modificacions substancials dels contractes, la jurisprudència i la doctrina científica s'han pronunciat en sentit contrari (entre d'altres, el Tribunal Suprem a la Sentència de 28 de febrer de 1989, el Consell d'Estat, al Dictamen núm. 79/1993, d'1 d'abril, i la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Administració de l'Estat, a l'Informe 47/1998, de 17 de març), en opinar que l'alteració de les bases i els criteris a què l'adjudicació d'un contracte respon, contravé els principis de lliure concurrència i de bona fe. Aquesta apreciació doctrinal ha estat recollida recentment a la legislació vigent en matèria de contractació pública, en concret, a l'apartat 1r de l'article 202 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, que estableix que no tenen la consideració de modificacions contractuals les ampliacions del seu objecte que consisteixin en la realització d'una prestació susceptible d'utilització o aprofitament independent o dirigida a satisfer necessitats noves no previstes en la documentació preparatòria del contracte, que han de ser contractades de forma separada.

En definitiva, d'acord amb les consideracions exposades, cal concloure que la sol·licitud d'autorització per a la inclusió d'un nou programa en el canal múltiple de què és adjudicatària EDC, SAU, no s'ajusta a l'ordenament jurídic vigent. Establert això, no és necessari entrar a valorar jurídicament la sol·licitud de subcontractació formulada respecte l'explotació d'aquest programa.

Tercer. Sol·licitud d'autorització de subcontractació de l'explotació del programa temàtic núm. 2 que integra el canal múltiple de TDT de cobertura nacional adjudicat a d'EDC, SAU

Amb caràcter general, la normativa reguladora de la contractació administrativa preveu que l'execució dels contractes correspon al contractista que hagi estat seleccionat per l'Administració contractant. Tanmateix, la llei permet, en determinats casos i sempre que concorrin els requeriments establerts, introduir variacions a l'element subjectiu del contracte amb l'objecte de dotar la contractació d'una major flexibilitat. En aquest sentit, resulta habitual que, en el decurs de l'execució dels contractes administratius, els adjudicataris acabin subcontractant parcialment l'execució de determinades prestacions que formen part de l'objecte del contracte, o bé cedeixin o transmetin a terceres persones els contractes subscrits amb l'Administració.

De fet, l'objectiu de la subcontractació rau en l'ús per part de l'empresa contractista dels serveis d'una tercera persona per a la realització parcial de les prestacions a què està obligada en el marc d'un contracte administratiu, i es configura com un

⁵ La clàusula tercera del contracte administratiu estableix que el concessionari s'obliga a gestionar el servei públic objecte del contracte d'acord amb la normativa general d'aplicació, amb el Plec de clàusules administratives particulars i amb els compromisos particulars continguts a la proposició presentada al concurs públic, còpia de la qual s'adjunta com a annex d'aquest contracte.

negoci jurídic autoritzat per l'ordenament jurídic en benefici d'una major operativitat de les empreses adjudicatàries.

Així mateix, cal distingir la subcontractació dels contractes de la cessió contractual — que la doctrina anomena novació subjectiva del contracte—, encara que ambdues figures afecten l'execució del contracte i, en definitiva, suposen que una persona aliena a l'adjudicatària en porti a terme l'execució. En aquest sentit, la subcontractació es caracteritza, en essència, pel fet que l'entitat adjudicatària del contracte manté la relació jurídica amb l'Administració, a diferència del que succeeix amb la cessió del contracte, en què l'entitat cessionària substitueix l'adjudicatària en la seva posició contractual respecte de l'Administració.

Quant als efectes de la subcontractació, l'actuació del subcontractista ha de ser assumida, en tot cas per l'adjudicatari i, per tant, la formalització del subcontracte no allibera el contractista principal de la seva obligació. Aquesta és la principal diferència entre la cessió i la subcontractació: mentre que en el cas de la cessió, l'autorització allibera de tota responsabilitat el cedent en produir-se una subrogació total dels drets i de les obligacions del cedent en favor del cessionari, en la subcontractació, en canvi, la responsabilitat del contractista es manté en tota la seva extensió fins a l'extinció del contracte.

La regulació de la subcontractació dels contractes administratius està prevista en l'article 115 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (en endavant, TRLCAP), l'apartat segon del qual estableix un seguit de requisits generals de la subcontractació:

- comunicació prèvia a l'Administració;
- percentatge de subcontractació no superior a un 50%; llevat que es prevegi una altra cosa en el plec de clàusules administratives particulars;
- compromís de pagament al subcontractista.

Aquest tipus de modificacions subjectives, que constitueixen una excepció al principi d'execució personal dels contractes, cobren una rellevància singular en seu de l'execució dels contractes de gestió de serveis públics, com el que és objecte d'aquest Informe, per dos motius principals:

- pel caràcter personalíssim de les prestacions objecte d'aquesta tipologia de contractes.
- per la llarga durada d'aquest tipus de contractes, que poden ser objecte de pròrroques o de renovacions, amb el benentès que els adjudicataris assumeixen l'explotació d'un determinat servei públic, al seu risc i ventura, durant un període de temps considerable.

En aquest sentit, l'article 170 del TRLCAP, que regula la subcontractació dels contractes de gestió de serveis públics, estableix que només pot recaure sobre prestacions accessòries a l'objecte del contracte. Sens dubte, els problemes sorgeixen a l'hora de determinar quines de les prestacions que conformen l'objecte del contracte poden ser qualificades com a accessòries i quines tenen el caràcter

de principals o d'essencials. La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat (Informe 53/00, de 5 de març de 2001) ha considerat que per tal de determinar aquest extrem, cal establir, amb caràcter previ i de manera exhaustiva, l'abast de les prestacions objecte del contracte i les prescripcions del plec de clàusules administratives particulars que regeixen la contractació en qüestió. En definitiva, és l'Administració qui ha d'adoptar, un cop el contractista compleixi amb la seva obligació de comunicar-li la prestació que pretén subcontractar, les mesures convenients si considera que la proposta, en tenir la prestació que es pretén subcontractar un caràcter essencial, excedeix del que resulta accessori a l'objecte del contracte.

Determinat el marc jurídic general de la subcontractació en els contractes administratius, cal examinar la regulació sectorial, i, en particular, les prescripcions que l'ordenament jurídic vigent estableix pel que fa a la subcontractació dels contractes per a la prestació de serveis de comunicació audiovisual i, en particular, per a l'activitat de la televisió digital terrestre.

En aquest sentit, la LCA no conté una regulació específica en matèria de subcontractació, i l'única regulació que hi té alguna relació es troba a l'article 12 de la Llei 11/1998, de 24 d'abril, de televisió privada, que prohibeix de manera taxativa la cessió o la transmissió contractual⁶ però que no conté cap disposició específica en relació amb la subcontractació.

Per tant, la subcontractació que en aquest cas es planteja - l'explotació per part d'una tercera entitat d'un dels programes que conforma el canal múltiple l'explotació del qual es va adjudicar a EDC, SAU - s'ha de regir per la normativa general de contractació pública, que està continguda als articles 115 i 170 del TRLCAP.

D'una primera aproximació als termes de la sol·licitud d'autorització, es pot afirmar que la relació jurídica que es proposa es pot qualificar com a un supòsit de subcontractació, ja que té com a finalitat la realització d'una prestació accessòria de l'objecte del contracte per part d'una tercera entitat. Aquesta afirmació permet descartar l'aplicació al supòsit controvertit del règim de la cessió contractual, en el sentit assenyalat per l'article 114 del TRLCAP, en la mesura que la formalització de la relació pretesa, en els termes establerts en l'escrit de sol·licitud, no ha de comportar una subrogació total de l'entitat que col·labora, en aquest cas l'entitat NEW MILLENIUM, en la posició jurídica de l'entitat adjudicatària (EDC, SAU)⁷, i es troba avalada per la clàusula 1a del Plec que regeix la contractació que preveu que l'objecte del contracte és la concessió per a l'explotació d'un canal de multifreqüència —és a dir, l'explotació d'un canal conformat per diverses freqüències o programes—, amb el ben entès que l'objecte de l'eventual subcontractació només abastaria un dels programes del canal múltiple, en concret,

⁶ La concessió obliga a l'explotació directa del servei públic objecte de la concessió i serà intransferible.

⁷ La qüestió té la seva transcendència jurídica, atès que, com ja s'ha posat de manifest, la normativa d'aplicació reguladora de les concessions de televisions privades prohibeix de manera taxativa la cessió o transmissió.

el programa núm. 2, amb ple respecte als continguts assumits contractualment en el moment de la formalització del contracte.

En efecte, l'escrit de sol·licitud posa de relleu que EDC, SAU ha de conservar la plena titularitat del servei del canal múltiple en tot el seu abast i, en definitiva, el recurs a la participació d'una tercera entitat únicament ha d'afectar la gestió o l'explotació d'un dels canals, sense que aquesta col·laboració incideixi en la titularitat del servei ni tampoc l'execució per part de l'adjudicatari de la resta de les prestacions que integren l'objecte del contracte.

Pel que fa al Plec que regeix la contractació, la seva clàusula 6.2a, en seu de les obligacions que ha d'assumir el concessionari, estableix textualment:

“Explotar directament el servei públic objecte de la concessió, inclosos els serveis digitals addicionals, i respectar en tot cas les limitacions establertes sobre la màxima capacitat destinada a la prestació dels serveis esmentats.

En els termes que preveu l'article 170 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, es podrà subcontractar l'explotació de programes inclosos en el múltiple. No obstant això, la responsabilitat per la prestació del servei recau en el concessionari en els termes previstos a l'article 115 de la Llei de contractes.

La subcontractació haurà de ser comunicada al Departament de la Presidència, i no podrà efectuar-se sense l'autorització d'aquest, previ informe del Consell de l'Audiovisual de Catalunya i prèvia comprovació del compliment dels requisits recollits en la Llei de contractes i en la Llei de televisions privades.”

Així, la clàusula transcrita del Plec permet la subcontractació de programes, sempre que concorrin els pressupòsits següents:

- Que, amb caràcter previ, l'Administració autoritzi la subcontractació.
- Que dels termes i de les condicions del contracte que es formalitzi es desprengui que l'entitat titular del servei manté la seva responsabilitat editorial fins al moment de l'extinció del contracte.

Respecte del segon d'aquests requeriments, cal fer alguna observació especial. El TRLCAP estableix que l'actuació del subcontractista ha de ser assumida per l'adjudicatari del contracte i que, per tant, la formalització del subcontracte no allibera el contractista principal de la seva obligació contractual envers l'Administració. Això no obstant, cal aclarir que el concepte de responsabilitat editorial en el marc de la prestació dels serveis de comunicació audiovisual té un abast diferent al previst a la normativa general.

En efecte, la responsabilitat editorial s'ha d'entendre com a capacitat de decisió sobre els elements definidors de la programació, i constitueix una qualitat intrínseca i essencial al concepte mateix de prestador de serveis de comunicació audiovisual. Així es desprèn de l'article 1 de la LCA, que assenyala que els prestadors de serveis de comunicació audiovisual són aquelles persones, físiques o jurídiques, que assumeixen la responsabilitat editorial del servei de televisió, o dels continguts audiovisuals de què es tracti, i els transmet o els fa transmetre a un tercer.



El Consell ha interpretat en el concepte de responsabilitat editorial, en l'àmbit de la prestació del servei públic de televisió digital terrestre d'àmbit local. Concretament, ha desenvolupat uns criteris interpretatius sobre l'abast de l'externalització d'aquest tipus de serveis⁸ que, literalment es reproduïen en la part que aquí ens afecta i que són perfectament traslladables al supòsit que s'examina:

" (...) malgrat que es pugui contractar amb tercers mitjans materials i professionals, és voluntat del legislador que totes les decisions que afectin a la línia editorial de la programació (definició, elaboració [confecció de la graella, etc.) i distribució dels continguts audiovisuals), han de ser efectivament adoptades en seu pública, i la responsabilitat que aquestes decisions comporti ha de ser assumida per l'ens o l'organisme públic que té atribuïda la gestió directa del servei."

Aquesta mateixa qüestió ha estat abordada, també, per part de la jurisprudència en l'àmbit de la prestació del servei públic de televisió autonòmica⁹. En concret, segons la doctrina que es desprèn de les sentències que es citen a peu de plana,

"(...) la incidència de l'entrada de l'empresa privada en la gestió, el desenvolupament i la producció de continguts audiovisuals, la contractació del servei d'edició dels programes informatius, del servei de promoció i intermediació en la venda dels espais publicitaris i dels drets d'emissió, pot buidar de contingut la gestió directa de la televisió tot transferint a terceres persones les competències de l'organització i l'execució de la programació d'un canal..."

Per tant, el concepte de responsabilitat editorial en els termes exposats ha de tenir, necessàriament, el seu reflex en la subcontractació que s'analitza. En aquest sentit, tot i que de la dicció literal del clausulat del contracte mercantil que EDC, SAU adjunta a la seva sol·licitud d'autorització, en especial, del contingut de la lletra e de la clàusula cinquena, es desprèn que es recull aquesta circumstància, per la seva rellevància, és aconsellable efectuar una referència explícita a la part dispositiva de l'acord que, si s'escau, autoritzi la subcontractació, a títol merament recordatori.

Així mateix, la formalització de la subcontractació que ens ocupa no altera la responsabilitat exclusiva del contractista principal front el Consell i aquesta institució no assumeix cap tipus d'obligació davant de l'entitat subcontractista. En un sentit contrari, la subcontractació tampoc no ha de comportar una alteració dels compromisos que EDC, SAU va assumir en el moment de la formalització del

⁸ Criteris d'interpretació dels límits de la gestió directa en la prestació del servei públic de televisió digital terrestre d'àmbit local, aprovats per l'Acord 35/2008, de 18 de març, del Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya.

⁹ A aquest efecte, resulta significativa la Sentència núm. 56/2004 del Jutjat Contenciós Administratiu núm.2 de València, de 9 de febrer de 2004, que anul·la la decisió del Consell d'Administració de l'Ens Públic de Radiotelevisió Valenciana de 24 de març de 2003, per la qual s'acordava aprovar els plecs que han de regir el procés per donar compliment a l'Acord del Govern valencià de 4 de març de 2003 i adoptat per les Corts Valencianes el 12 de febrer de 2003, els quals s'incorporen com annex al Pla d'actuació de Radiotelevisió valenciana en vigor, i la Sentència núm. 2085/2005, de 10 de novembre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de València, Secció Tercera, que va desestimar el recurs d'apel·lació interposat per l'Ens Públic Radio Televisió Valenciana contra la Sentència núm. 56/2004 del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 2 de València, de 9 de febrer de 2004.

contracte, que continuen vigents i són exigibles en els termes i les condicions establertes.

Respecte d'aquest extrem, cal fer un seguit de consideracions a propòsit de la graella del programa "Estil de vida", que s'adjunta com Annex A a la documentació presentada en aquest Consell per EDC, SAU. Cal recordar que el contingut de telebotiga que s'observa en determinades franges horàries de la proposta de graella, no pot superar els límits establerts a l'apartat 4 de l'article 99 LCA que preveu que els prestadors de televisió no poden dedicar més de tres hores al dia, ni poden difondre més de vuit programes de televenda per un canal de televisió, no dedicat exclusivament a aquesta activitat. Així mateix, cal tenir en compte les previsions de la llei pel que fa a la inserció entre programes i interrupcions publicitàries de la programació televisiva (article 98 LCA) i la durada dels anuncis publicitaris, que la publicitat encoberta resta prohibida si la referència verbal, visual o sonora a mercaderies, serveis, marques o noms de productors o prestadors de serveis particulars té una prominència indeguda, ja sigui per la recurrència de la seva presència o per la manera com es presenten o destaquen (article 94.2 i ss. LCA). I, en darrer terme, s'han de prendre en consideració les normes sobre el patrocini televisiu establertes als articles 101 i 102 de la LCA, pel que fa als deures i obligacions principals dels patrocinadors així com respecte de les emissions i subjectes exclosos de l'activitat de patrocini.

En un altre ordre de consideracions, per tal que aquest Consell pugui resoldre sobre l'autorització de la subcontractació que es planteja, cal que EDC, SAU justifiqui degudament, l'aptitud del subcontractista per realitzar adequadament la prestació que se li projecta encomanar. En aquest sentit, s'ha trobat a faltar en la documentació que el prestador ha fet arribar a aquest Consell, conjuntament amb el seu escrit de sol·licitud, els extrems següents:

.- solvència tècnica i professional: (a) indicació de les titulacions acadèmiques o professionals de l'empresari i del personal directiu de l'empresa i, en particular, de les persones responsables de l'execució del subcontracte; (b) declaració que indiqui el material i equip tècnic de què disposarà per a l'execució de les prestacions objecte de la subcontractació; (c) una relació dels principis serveis o treballs realitzats en els darrers tres anys que inclogui import, dates i destinatari públic o privat. Els serveis o treballs realitzats s'han d'acreditar mitjançant certificats expedits o visats per l'òrgan competent, quan el destinatari és una entitat de dret públic, o quan el destinatari és un subjecte privat, mitjançant una declaració de l'empresari.

.- solvència econòmica i financera: còpia degudament autenticada dels comptes anuals presentats en el Registre Mercantil.

Com a darrer aspecte, cal que s'adeqüi la redacció del contracte mercantil que s'ha aportat amb el ben entès que, en el seu cas, només serà objecte d'autorització la subcontractació del programa núm. 2.

Per tot l'exposat, el Ple del Consell de l'Audiovisual de Catalunya adopta els següents,



ACORDS

1r. Desestimar la sol·licitud d'autorització formulada per EDC, SAU per tal d'incloure un nou programa en el canal múltiple de TDT de cobertura nacional de què aquesta entitat és adjudicatària.

2n. Autoritzar a EDC, SAU la subcontractació del Programa temàtic núm. 2 del canal múltiple del qual és adjudicatària, que no pot tenir les característiques d'un canal de televenda. Aquesta autorització resta condicionada a la concurrència dels requisits següents:

- (a) Que EDC, SAU aporti, en el termini de 15 dies a comptar des de la notificació d'aquest Acord, a aquest Consell la documentació que es fa constar a la part expositiva de l'Acord per tal de completar l'acreditació de l'aptitud del subcontractista per realitzar adequadament la prestació que se li projecta encomanar.
- (b) Que EDC, SAU aporti, en el termini de 15 dies, a comptar des de la notificació d'aquest Acord, còpia del contracte mercantil subscrit amb l'entitat subcontractista, amb inclusió de les adaptacions oportunes, amb el ben entès que l'autorització de la subcontractació només abasta el programa núm. 2 del canal múltiple.

Aquesta autorització no obsta a què romangui plenament vigent l'obligació que recau en EDC, SAU, en qualitat de prestador del servei de televisió, d'assumir, durant tot el període de vigència del subcontracte, la responsabilitat editorial sobre el programa objecte de la subcontractació, el ple respecte al règim jurídic d'aplicació a la prestació del servei i els compromisos assumits en el moment de la formalització del contracte, en els termes i les condicions establerts en el Plec de clàusules administratives particulars i la de normativa d'aplicació.

3r. Notificar aquest Acord a l'entitat interessada.

Barcelona, 27 de gener de 2010

Ramón Font Bové
President

Santiago Ramentol Massana
Conseller secretari

