



ACORD 31/2009, DE 25 DE FEBRER, DEL PLE DEL CONSELL DE
L'AUDIOVISUAL DE CATALUNYA

Aprovació de la modificació del 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 i de cobertura nacional, adjudicat a Emissions Digitals de Catalunya, pel que fa als compromisos assolits en relació amb els continguts del Programa núm. 3.

FETS

1. L'1 d'agost de 2003, 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 i de cobertura nacional, a Emissions Digitals de Catalunya, SA (en endavant, EDC, SA), 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 (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya núm. 3495, de 12 d'agost de 2003).

El 17 de setembre de 2003, EDC, SA i el Govern de la Generalitat van formalitzar el contracte administratiu, en el qual es defineixen els programes següents:

Programa 1: Programa generalista *Citytv* 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,...) i amb tot allò que concretament té a veure amb la qualitat de vida.

Programa 3: Programa temàtic infantil *Parc* orientat a emetre continguts diferencials dirigits als infants.

Programa 4: Programa temàtic musical *Black* orientat a emetre continguts musicals i culturals dirigits als joves catalans.

2. L'11 de desembre de 2008, el senyor Albert Rubio i Peiró, en nom i representació d'EDC, SA, sol·licita a aquest Consell que tramiti i aprovi la modificació del contracte, en els termes indicats a la seva sol·licitud que, en essència, fan referència a la modificació dels continguts del Programa temàtic núm. 3 anomenat *Parc* assumits en el contracte, per causa d'interès públic i com a conseqüència de causes imprevistes, que qualifica d'alienes a la seva voluntat i que, per tant, no es van poder tenir en compte en el moment del contracte originari.

D'una manera sintètica, EDC, SA, exposa que els canvis d'hàbits i comportament en el consum dels teleespectadors que s'han produït des de la presentació de la seva oferta de licitació, al juny de 2003, emparen la modificació de la programació prevista pel Programa temàtic 3 anomenat *Parc*, que fa referència a continguts diferencials i educatius dirigits als infants, actualment prou representats a la programació generalista del programa denominat *8tv*, per una altra dedicada a l'esport i més concretament a l'activitat pròpia i vinculada a l'entorn del FC Barcelona, denominat *BarçaTv*.

3. El 9 de febrer de 2009, la coordinadora de la Comissió d'Operadors del Consell proposa al Ple del Consell la iniciació d'un expedient de modificació del contracte,

d'acord amb el que estableix l'article 102 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, sens perjudici que es requereixi aquesta entitat per tal que millori els termes de la seva sol·licitud i, en particular, detalli amb un major rigor i claredat quines són les circumstàncies del mercat que han produït un canvi en els hàbits del consum dels telespectadors.

4. Mitjançant l'Acord 23/2009, d'11 de febrer, el Ple del Consell acorda iniciar l'expedient de modificació del contracte, i requereix EDC, SA per tal que, d'acord amb allò que preveu l'apartat 3 de l'article 71 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, millori els termes de la seva sol·licitud, i, en particular, concreti amb un major rigor i detall quines són les circumstàncies del mercat que han produït un canvi en els hàbits del consum dels telespectadors.

Així mateix, acorda recordar a l'entitat interessada que, en cas de concurrència de les circumstàncies descrites en l'apartat 4 de l'article 84 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, el Consell podria prescindir del tràmit d'audiència anterior a l'adopció de la resolució corresponent.

Aquest Acord es notifica a EDC, SA el 12 de febrer de 2009.

5. En resposta al requeriment efectuat pel Ple del Consell, el 17 de febrer de 2009 té entrada en el Registre del Consell de l'Audiovisual de Catalunya un escrit del senyor Albert Rubió i Peiró, en nom i representació d'EDC, SA, en què es desenvolupen les circumstàncies del mercat que han provocat un canvi d'hàbits en el comportament dels telespectadors, succeïdes amb posterioritat a la presentació de l'oferta de licitació al juny de 2003.

6. El 20 de febrer de 2009, l'Àrea Jurídica va informar favorablement sobre la proposta de modificació del contracte, de conformitat amb allò que prescriu l'apartat 2 de l'article 59 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).

FONAMENTS DE DRET

Primer. Competència del Consell de l'Audiovisual de Catalunya

El Consell de l'Audiovisual de Catalunya, 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 la Llei orgànica 6/2006, 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (en endavant, EAC) i l'article 115 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'EAC estableix amb caràcter general la competència de la Generalitat de Catalunya sobre els mitjans de comunicació social. I, en concret, els articles 50 i següents i els articles 115 i 117 de la LCA atribueixen 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.

En conseqüència, tot i que va ser el Govern de la Generalitat qui va adjudicar el contracte per a l'explotació del 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 EDC, SA, el Consell de l'Audiovisual de Catalunya és ara l'organisme competent per a exercir totes les potestats inherents a l'adjudicació d'aquest contracte, incloses l'autorització de modificacions i/o de totes aquelles altres qüestions que, vinculades a la seva competència, puguin sorgir en el decurs de l'execució del contracte.

Segon. Règim jurídic aplicable a la modificació contractual

L'entrada en vigor de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), amb posterioritat a l'adjudicació del 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 i de cobertura nacional, a EDC, SA, comporta examinar la normativa sobre contractació administrativa aplicable a la modificació del contracte esmentat.

D'acord amb la disposició transitòria primera de la LCSP, els contractes adjudicats abans de l'entrada en vigor de la Llei es regeixen, quant als seus efectes, compliment i extinció per la normativa anterior. Atesa aquesta previsió, la modificació sol·licitada per EDC, SA, s'ha d'adequar a les previsions contingudes al TRLCAP i al Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre.

Tercer. Anàlisi de la qüestió de fons de la modificació contractual

La potestat de *l'ius variandi* de l'Administració es regula, amb caràcter general, en els articles 59 i 101 del TRLCAP.

En efecte, l'article 101 del TRLCAP preveu la facultat de l'òrgan de contractació d'alterar els elements que integren el contracte per raó d'interès públic sempre que siguin degudes a *necessitats noves* o *causes imprevistes*, justificant-ho degudament a l'expedient, tot seguint el mateix procediment que l'establert per a la formalització dels contractes.

I, pel que fa als contractes de gestió de serveis públics, l'article 163 del TRLCAP disposa, pel que fa als contractes de gestió de serveis públics, que l'Administració podrà modificar per raons d'interès públic les característiques del servei contractat.

Dit això, EDC, SA, fonamenta la seva sol·licitud de modificació contractual, en el seu escrit de sol·licitud així com en l'escrit complementari dut a terme arran del requeriment del Ple del Consell, en l'existència de circumstàncies de mercat que han provocat un canvi d'hàbits en el comportament dels teleespectadors, succeïdes amb posterioritat a la presentació de l'oferta de licitació (juny de 2003), que no es van poder tenir en compte en el moment de l'elaboració de la seva oferta, assumida en prova de conformitat en el moment de la formalització del contracte.

En aquest sentit, EDC, SA esgrimeix que la causa de l'endarreriment en el desenvolupament del seu projecte rau en l'admissió a tràmit del recurs contenciós administratiu interposat pel Ministeri de Ciència i Tecnologia contra l'Anunci de la convocatòria de la licitació d'aquest contracte, i en concret, contra les clàusules 17.2.Tercer 3,4,6 i l'Annex I, en relació amb les clàusules 1.1 i 5.2 del Plec de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques que regeix la

contractació¹, i en la decisió judicial que posa fi a aquest procés jurisdiccional², que qualifica com a circumstància imprevista i, per tant, aliena a la voluntat d'aquesta entitat, i que ha comportat una obstaculització del desplegament del seu projecte, que concreta en els aspectes següents:

- La manca d'un calendari concret de desplegament de la cobertura.
- La manca d'assignació de les freqüències necessàries pel diligent desplegament de la cobertura de la Televisió Digital Terrestre a Catalunya.

A tot això, EDC, SA afegeix que el projecte de desplegament de la Televisió Digital Terrestre a Catalunya també s'ha vist perjudicat per circumstàncies com la manca suficient de planificació de l'espai radioelèctric per part de l'Administració competent; l'existència d'alternacions sobrevingudes que han afectat les condicions del mercat audiovisual com és l'aprovació del nou Pla Tècnic de la Televisió Digital Terrestre, mitjançant el Reial decret 944/2005, de 29 de juliol; i la manca de suport públic a la creació de receptors o adaptadors de televisió que permeti la sintonització de les emissions digitals terrestres.

Respecte dels hàbits en el consum dels teleespectadors, produït d'ençà que va preparar la seva oferta, EDC, SA manifesta el següent:

"En el moment de concretar-se l'oferta de licitació, la programació es limitava, únicament, a determinades franges horàries dels canals generalistes i sense que existís una oferta temàtica diferenciada i significativa per a aquest tipus de programació. En aquest sentit, EMISSIONS DIGITALS es va avançar diversos anys a la realitat social dissenyant, i oferint, un ambiciós projecte de programació infantil que no ha pogut endegar per causes que li són del tot alienes [...]"

Lamentablement, el transcurs del temps ha comportat que l'oferta avançada d'EMISSIONS DIGITALS hagi perdut sentit en l'actualitat ja que el naixement de múltiples canals infantils, durant els darrers 5 anys, mitjançant plataformes de televisió per satèl·lit (Digital +) cable (ONO) o IP (Imagenio, Orange TV, Jazztelia): Disney Channel, Jetix, Nickelodeon, Boomerang, Baby First, Cartoon Network, Kids Co, etc, el que ha fet ha estat saturar l'oferta programàtica de caràcter temàtic infantil i, per tant, desaconsellar la posta en marxa d'un nou programa temàtic d'aquestes característiques ja que no aporta cap tipus de valor afegit en benefici d'un consumidor qui, aclaparat per una oferta del tot excessiva, el que fa es cercar noves programacions que li aportin un entreteniment i gaudi diferencials i novedosos.[...]

A tot l'exposat, EDC, SA afegeix, com una dada de rellevància en el mercat, la circumstància que la major part d'aquests canals temàtic emeten, hores d'ara, en obert.

En aquest sentit, EDC, SA proposa modificar els continguts assumits en el contracte primitiu pel que fa al Programa núm. 3 per uns continguts de temàtica esportiva vinculada amb l'activitat esportiva de l'entitat FC Barcelona, a través de l'emissió de *Barça TV*. Els arguments de pes que, a criteri d'EDC, SA, avalen aquesta variació en els continguts inicialment previstos són, en essència, els següents:

- L'elevada demanada i acceptació per part del públic català actual de la programació esportiva emesa en els canals generalistes.

¹ Recurs contenciós administratiu núm. 1012/2003, admès a tràmit per la Secció Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

² Sentència núm. 44, de 19 de gener de 2007, de la Secció Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, que declara la nul·litat de les clàusules 17.2.tercer (darrer incís del seu paràgraf quart), 4 i 6 i de l'Annex I, en relació amb les clàusules 1.1 i 5.2 del Plec de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques que regeix la contractació.

- El fet que, a l'actualitat, no existeixi a Catalunya una oferta programàtica diferenciada a nivell esportiu, en què s'ofereixin continguts en obert les 24 hores del dia.
- Les experiències endegades en nombrosos països de l'entorn europeu (a Holanda, amb l'Ajax, a Itàlia amb l'AC Milan,...)
- L'interès que suscita a Catalunya una entitat com el FC Barcelona.

Certament, no planteja cap dubte el fet que d'ençà que l'entitat adjudicatària va elaborar la seva oferta de continguts en el marc d'aquesta contractació - més de 5 anys-, s'han produït variacions importants en el mercat dels sector audiovisual, en general, i en el de la prestació del servei de televisió digital terrestre, en particular.

Tampoc és qüestionable que l'origen d'aquestes alteracions troba, en part, el seu fonament en un canvi d'orientació de les necessitats socials ni que una oferta de continguts esportius s'adequa a la nova realitat social detectada en el consum dels telespectadors.

Per tant, en aquest cas, cal admetre que la modificació del contracte proposada no es pot considerar contrària a l'interès públic.

Una altra cosa és la valoració, des d'una perspectiva jurídica, de la concurrència de les noves necessitats o causes imprevistes i els seus eventuals efectes en la prestació del servei de televisió digital terrestre d'àmbit nacional, objecte del contracte que es pretén modificar, en el benentès que aquest es regeix, de conformitat amb la normativa d'aplicació, pel principi de risc i ventura.

Respecte d'això, resulten clarificadores les afirmacions que Consell d'Estat fa en el Dictamen núm. 1281/2005, de 28 de juliol, emès en ocasió de la proposta de modificació del contracte concessional de Sogecable:

"El Consejo de Estado ha sido muy riguroso con las modificaciones que afectan al objeto del contrato y ha denunciado reiteradamente la utilización de esta prerrogativa con una finalidad diferente a la establecida en la Ley. Pero este rigor, referido ante todo a los modificados de obras, no impide cierta flexibilidad cuando se trata de prestación de servicios en un sector tan movetizo como el de los medios audiovisuales, acabando por atenerse a la existencia de un interés público. Así de desprende del dictamen núm. 1531/2003, de 24 de julio, en el que –para un supuesto muy distinto- se dice que ante la falta de desarrollo de la Televisión Digital Terrestre en abierto, no es posible realizar una explotación económicamente viable de los servicios concedidos".

En efecte, els arguments esgrimits pel Consell d'Estat són traslladables al cas que ara s'analitza. En aquest sentit, l'activitat objecte del contracte es desenvolupa en el sector audiovisual, que és un sector dinàmic, sotmès a una continua evolució per la influència de diversos factors, com els avenços tecnològics en el sector de les telecomunicacions, que donen lloc a una ampliació progressiva de les ofertes de continguts televisius que pot produir, en ocasions, la saturació del mercat.

En definitiva, els arguments adduïts per la sol·licitant en la documentació tramesa a aquest Consell avalen que les circumstàncies del retard del desplegament del seu projecte, que cal qualificar d'alienes a la voluntat d'aquesta entitat, sumades a l'evolució i el context actual del mercat audiovisual català, concretament, els hàbits de consum dels telespectadors així com les previsions d'aquests hàbits nous en un futur proper, responen a unes noves necessitats, que no es van poder preveure en el contracte primitiu.

A tot això, cal afegir que, de conformitat amb la normativa d'aplicació i el contingut del Plec de clàusules administratives particulars, la modificació proposada no afecta als elements essencials del contracte, i que les emissions del Programa núm. 3 no s'han iniciat, per causes no imputables a EDC, SA.

D'acord amb les consideracions realitzades, es pot considerar que les motivacions que EDC, SA palesa en instar al Consell la modificació del contracte de què és adjudicatària, posen en relleu l'existència de raons d'interès públic que podrien adscriure's a necessitats noves no previstes en el contracte inicial. Així, doncs, es pot afirmar que es donen les raons per avalar la proposta de modificació.

Quart. Anàlisi dels aspectes formals de la modificació contractual

La proposta de modificació contractual s'ha tramitat amb adequació de les previsions contingudes en els articles 59 del TRLCAP i 102 del Reglament de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre.

D'acord amb l'apartat 1 de l'article 59 del TRLCAP la modificació d'un contracte administratiu requereix que en la tramitació del procediment es garanteixi l'audiència del contractista, amb anterioritat a la decisió que posi fi al procediment per part de l'òrgan de contractació, que exhaureix la via administrativa.

Per la seva part, l'apartat 4 de l'article 84 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, d'aplicació supletòria en els procediments de contractació administrativa, d'acord amb allò que determina la disposició addicional setena del TRLCAP, en no figurar en l'expedient altres fets, al·legacions i proves que els adduïts pels interessats, resulta innecessària la pràctica d'aquest tràmit.

A l'Acord 23/2009, d'11 de febrer, d'iniciació de l'expedient de modificació contractual, el Ple del Consell acorda recordar a EDC, SA la possibilitat que, en aplicació de la normativa citada, el Consell prescindi de la realització del tràmit d'audiència, amb anterioritat a l'adopció de la resolució corresponent.

Per tot l'exposat, en especial, pel fet que la modificació contractual que s'examina s'hagi iniciat a instància de l'entitat contractista i es fonamenti, de forma única i exclusiva, en la documentació i en la informació que aquesta entitat ha facilitat al Consell, esdevé innecessari complimentar aquest tràmit amb l'entitat contractista.

D'altra banda, no resulta preceptiva, en aquest cas, la intervenció de la Comissió Jurídica Assessora, en no concórrer els pressupòsits establerts a l'apartat 3 de l'article 59 del TRLCAP en concordança amb allò que prescriu la lletra *m* de l'apartat 3 de l'article 8 de la Llei 5/2005, de 5 de maig, de la Comissió Jurídica Assessora.

Finament, cal tenir en compte que segons estableix l'apartat 2n de l'article 101 del TRLCAP, un cop adoptada l'acord d'aprovació de la modificació contractual, s'ha de procedir a la seva formalització en document administratiu, en els termes assenyalats a l'article 54 del TRLCAP.

Per tot l'exposat, en la mesura que s'ha produït una alteració de les circumstàncies inicialment previstes en la redacció del contracte originari que no es van poder



preveure per l'entitat adjudicatària, i de conformitat amb allò que preveuen els articles 59, 101 i 163 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, el Ple del Consell adopta els següents,

ACORDS

1. Aprovar la modificació del contracte per a l'explotació, mitjançant concessió, d'un canal múltiple de televisió digital terrestre amb cobertura nacional i emissió principalment en obert, adjudicat a Emissions Digitals de Catalunya, SA, pel que fa als compromisos assolits en relació els continguts del Programa temàtic 3 anomenat *Parc*, que fa referència a temàtiques diferencials i educatives dirigides als infants, per uns continguts de temàtica esportiva, vinculada amb l'activitat esportiva de l'entitat FC Barcelona. Aquesta modificació s'adopta, atès l'existència de circumstàncies imprevistes, i alienes a la voluntat de l'entitat adjudicatària, abastament, desenvolupades en la part expositiva d'aquest Acord.

2. Notificar aquest Acord a l'entitat interessada.

Barcelona, 25 de febrer de 2009

Ramon Font Bové
President

Santiago Ramentol Massana
Conseller secretari