

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

**Recurso de apelación de Sala núm. 1723/2021
Rollo de apelación de Sección núm. 432/2021**

**Parte apelante: AJUNTAMENT DE GIRONA
Representante de la parte apelante: IGNASI DE ANZIZU PIGEM
Parte apelada: /
Representante parte apelada: LORENA MORENA RUEDA**

SENTENCIA Nº 2942 /2022

Ilmos/as. Sres/as.:

Presidente

DOÑA MARIA FERNANDA NAVARRO DE ZULOAGA

Magistrados

DON FRANCISCO JOSÉ SOSPEDRA NAVAS

DON EDUARDO PARICIO RALLO

DON MANUEL SANTOS MORALES

En la Ciudad de Barcelona, a 27 de julio de dos mil veintidós

LA SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA (SECCIÓN QUINTA) ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación nº 432/2021, interpuesto por AJUNTAMENT DE GIRONA, representado y defendido por el Sr. Letrado de sus Servicios Jurídicos, contra la sentencia dictada el 9 de marzo de 2021 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Girona, siendo parte apelada /, representada por la Procuradora D^a Lorena Moreno Rueda y dirigida por la Letrada D^a Elisenda Pascual Sala.

Ha sido Ponente el Magistrado D. Francisco José Sospedra Navas, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento ordinario nº 4226/2019, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Girona, se dictó sentencia en fecha 9 de marzo de 2021, estimatoria del recurso dirigido contra la resolución de fecha 24 de mayo de 2019 dictada por el Ayuntamiento de Girona que aprueba los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas para la licitación de un contrato de servicios de producción, realización, edición y emisión de programas de la programación básica de la emisora de municipal de radio, y contra la resolución de fecha 29 de agosto de 2019, de adjudicación del referido contrato.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación del Ayuntamiento demandado, que fue admitido en ambos efectos, dándose traslado del mismo a la contraparte para que formalizase su oposición en el plazo legal.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Sala, se acordó formar el oportuno rollo de apelación, se designó Magistrado Ponente y, seguidos los trámites prevenidos legalmente, se señaló fecha para la votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como se ha expuesto en los antecedentes, se recurre en apelación la sentencia de fecha 9 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Girona, que estima el recurso dirigido contra la resolución de fecha 24 de mayo de 2019 dictada por el Ayuntamiento de Girona que aprueba los pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas para la licitación de un contrato de servicios de producción, realización, edición y emisión de programas de la programación básica de la emisora de municipal de radio, y contra la resolución de fecha 29 de agosto de 2019, de adjudicación del referido contrato.

Se interpone recurso de apelación por el Ayuntamiento demandado que alega en síntesis que no ha externalizado la gestión, que aprobó un reglamento del servicio previo a la licitación a servicios externos, y que el contrato se ajusta a la normativa de régimen local y de contratación pública, a lo que se opone la parte apelada.

SEGUNDO.- Para resolver la controversia, debe partirse de lo dispuesto en el art. 70.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, aplicable por razones temporales, que tiene carácter básico, el cual establece:

“2. El Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales podrán acordar la prestación del servicio público de comunicación audiovisual con objeto de emitir en abierto canales generalistas o temáticos, en función de las circunstancias y peculiaridades concurrentes en los ámbitos geográficos

correspondientes y de los criterios establecidos en el apartado anterior.

Los órganos competentes de cada Comunidad Autónoma decidirán dentro de los múltiples digitales que se les reserven, los canales digitales de ámbito autonómico que serán explotados por el servicio público de comunicación audiovisual televisiva y los que serán explotados por empresas privadas en régimen de licencia.

Las Comunidades Autónomas que acuerden la prestación del servicio público de comunicación audiovisual determinarán los modos de gestión del mismo, que podrán consistir, entre otras modalidades, en la prestación del servicio de manera directa a través de sus propios órganos, medios o entidades, en la atribución a un tercero de la gestión indirecta del servicio o de la producción y edición de los distintos programas audiovisuales, o en la prestación del mismo a través de otros instrumentos de colaboración público-privada, de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, así como no discriminación e igualdad de trato. Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán acordar transformar la gestión directa del servicio en gestión indirecta, mediante la enajenación de la titularidad de la entidad prestadora del servicio, que se realizará conforme con los principios citados anteriormente”.

Por tanto, la norma estatal básica permite a las Comunidades Autónomas regular la forma de gestión del servicio público de comunicación audiovisual, siendo de aplicación al caso la Llei 22/2005, de 29 de diciembre, de Comunicació Audiovisual de Catalunya, cuyo art. 23 regula el servicio de comunicación audiovisual en los siguientes términos:

“1. El servicio público de comunicación audiovisual de Cataluña consiste en la prestación de servicios de comunicación audiovisual bajo el régimen de gestión directa por parte de la Generalidad, de los entes locales de Cataluña o de los consorcios, de acuerdo con lo establecido por la presente ley.

2. La prestación del servicio público de comunicación audiovisual dentro del ámbito establecido por el apartado 1 comporta que el ente o el organismo encargado de su gestión directa debe definir, elaborar y distribuir, bajo su responsabilidad, un conjunto de programas, contenidos y servicios audiovisuales orientados a la creación de las condiciones necesarias para la plena eficacia de los derechos fundamentales de libertad de información y de libre expresión, y debe facilitar la participación de los ciudadanos de Cataluña en la vida política, económica, cultural y social del país.

3. La prestación del servicio público de comunicación audiovisual puede contar, de acuerdo con lo establecido por la presente ley, con el apoyo y la colaboración de entidades y sujetos privados en los casos en que sea necesaria la disponibilidad de medios materiales o profesionales diferentes de los del ente o la sociedad responsable de la gestión directa del servicio, sin perjuicio de su gestión directa, y de una forma particular cuando ello permita impulsar el sector audiovisual de Cataluña. En todos los casos la decisión debe ser motivada”.

Tal como se expresa en las Sentencias de esta Sala y Sección núm. 3717/2021 de 17 de septiembre, y núm. 4162/2021, de 26 de octubre, en interpretación de este precepto, el servicio debe prestarse de forma directa, definida en el ámbito local en el art. 85.2.A) de la LRBRL, especificándose las funciones que se incluyen en dicho concepto, a la vez que se limita el objeto de contratación a las funciones auxiliares a que se refiere el apartado 3 del precepto, de manera que en el precepto no tiene cabida la concesión del servicio, aunque sí podría tenerla un contrato de servicios al objeto definido en el transcrito art. 22.3 de la Llei 22/2005.

TERCERO.- Entrando en el examen de los motivos de impugnación, debe indicarse que la Juzgadora de instancia realiza un motivado análisis del contenido de los pliegos, llegando a la conclusión de que la fórmula elegida por el Ayuntamiento demandado no puede calificarse de gestión directa. Este examen se realiza con una razonada interpretación del contrato, en la función judicial de calificación del mismo, con independencia de la denominación que le hayan dado las partes.

La parte apelante alega que existe error en la valoración de la prueba, lo cual nos lleva al examen del contenido de los pliegos impugnados. Al respecto, el objeto del contrato, definido en la cláusula 4, por remisión al apartado 1 del PPT (f. 99), es la prestación del servicio de producción, realización, edición y emisión de programas de la programación básica de la emisora municipal de radio del Ayuntamiento de Girona, incluyéndose la conducción, locución, redacción y guionaje de los programas, así como todas las tareas que sean necesarias para un correcta emisión de la programación contratada, incluyéndose la gestión de la publicidad y el patrocinio de programas. Esta programación supone una dedicación aproximada del 40% del total semanal y/o mensual.

El contratista debía aportar un proyecto de parrilla de programación básica, y aportar los medios profesionales, personales y técnicos para llevar a cabo de forma satisfactoria la propuesta de parrilla con garantías de calidad y continuidad, de manera que, como se indica en la sentencia de instancia, el contratista es quien gestiona el servicio, en coordinación con el Ayuntamiento, por lo que son identificables los elementos de la concesión de servicio o gestión indirecta.

En este mismo sentido, nos hemos pronunciado en las Sentencias de esta Sala y Sección núm. 3717/2021 de 17 de septiembre, y núm. 4162/2021, de 26 de octubre, sin que ello resulte desvirtuado porque el Ayuntamiento haya aprobado un reglamento de servicio o designado un consejo rector u otros órganos de asesoramiento o control, pues, al margen de la motivación ofrecida, lo cierto es que la contratista es quien ostenta la gestión del servicio, por cuanto que elabora la programación, con sujeción a las pautas establecidas en los pliegos, decide el contenido de los programas, aporta los profesionales y técnicos, aporta los locales, gestiona la publicidad y el patrocinio de los programas. En la sentencia recurrida se apoyan estas conclusiones en la lógica valoración de prueba que se realiza, resultando que los órganos rectores, directivos y asesores cumplen una función de control sobre la gestión del

servicio que realiza la empresa contratista.

Por tanto, debe coincidir con la calificación que se realiza en la sentencia de instancia en cuanto a que no estamos ante un modo de gestión directa del servicio, atendida la naturaleza, objeto y contenido del contrato, pues lo relevante es determinar si las funciones que se encomiendan al contratista según los pleitos debían ser realizadas directamente por exigencias de la Llei 22/2005, siendo que en este caso las funciones externalizadas afectan a la gestión del servicio, tal como se razona ampliamente en la sentencia recurrida, lo cual determina la anulación de los pliegos, así como del posterior acuerdo de adjudicación del contrato.

De todo ello resulta que debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia recurrida, cuyos acertados fundamentos se dan por reproducidos.

CUARTO.- Procede imponer las costas a la parte apelante, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". Este Tribunal considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de mil euros (IVA incluido) la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sección Quinta) ha decidido:

1º.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la Sentencia dictada en fecha 9 de marzo de 2021, por el Juzgado de lo Contencioso nº 1 de Girona, la cual se confirma.

2º.- Imponer las costas de este recurso a la parte apelante con el límite máximo de 1.000 euros.

Notifíquese esta sentencia, que no es firme. Contra la misma se puede interponer, en su caso, recurso de casación ante esta Sala de conformidad con lo dispuesto en la sección 3ª, capítulo III, título IV de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA). El recurso deberá prepararse en el plazo previsto en el artículo 89.1 LJCA.

En el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, aparece publicado el Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales

referidos al recurso de casación.

Llévese testimonio a los autos principales.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

.

.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento. Doy fe.



Mensaje LexNET - Notificación

Fecha Generación: 27/07/2022 12:35

Mensaje

Id.LexNel	202210511721779
Asunto	SENTENC IA Recurs d'apel·lació contra sentències
Remitente	Órgano T.S.J.CATALUÑA CONJAD SEC.5 de Barcelona, Barcelona [0801933005] Tipo de órgano T.S.J. SALA DE LO CONTENCIOSO
Destinatarios	MORENO RUEDA, LORENA [479] Colegio de Procuradores Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811] Colegio de Procuradores Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
Fecha-hora envío	27/07/2022 12:24:29
Documentos	03994_20220727_1218_0018858905_01.rtf (Principal) Hash del Documento: 367c324a63709ea91f0532004c13cef6519e527e069d8ae8fed335121629f0
Datos del mensaje	Procedimiento destino FIC Nº 0000432/2021 Detalle de acontecimiento SENTENC IA

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
27/07/2022 12:34:56	ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
27/07/2022 12:24:37	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	LO REPARTE A	ANZIZU PIGEM, IGNACIO DE [811]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.

