



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 0 / 2 0 0 1

La Laguna, a 21 de febrero de 2001.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con el *Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de concesión de emisoras de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia (EXP. 186/2000 PD)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por la Presidencia del Gobierno de Canarias, es determinar la adecuación al Ordenamiento jurídico del Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de concesión de emisoras de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia, de conformidad con los arts. 1.1, 10.6 -éste en relación con el art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado- y 11.1 de la Ley 4/1984, del Consejo Consultivo.

2. El expediente que acompaña a la solicitud de Dictamen se integra, además de por el certificado del acuerdo gubernativo y texto del Proyecto de Decreto (art. 48 del Reglamento de este Consejo), por los informes del Servicio Jurídico (art. 20.f del Decreto 19/92) y el de acierto y oportunidad exigido por el art. 44 de la Ley 1/83, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias. Consta además la memoria económica, en la que se informa que el Proyecto es puramente normativo y que no lleva aparejado gasto público alguno ni afecta a ninguna partida presupuestaria y, finalmente, el informe solicitado a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, este último en aplicación del art. 1.2.2.j) de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

* **PONENTES:** Sres. Yanes Herreros, Cabrera Ramírez, Trujillo Fernández, Reyes Reyes y Millán Hernández.

II

La norma reglamentaria proyectada pretende desarrollar en el ámbito territorial de la CAC la Ley estatal 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT), en determinados preceptos declarados vigentes por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (LGT), con la finalidad de actualizar la regulación autonómica teniendo en cuenta los cambios normativos producidos con posterioridad a la aprobación del Decreto territorial 37/1989, de 16 de marzo, que ahora se deroga.

La competencia de la CAC para regular el régimen de concesión de emisoras de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia viene determinada por el art. 32.2 EA y se ha de ejercer en el marco de las normas básicas que el Estado establezca de acuerdo con el artículo 149.1.27ª CE.

A su vez, el RD 801/1986, de 7 de marzo, de Traspaso de funciones de la Administración del Estado en materia de medios de comunicación social a la CAC establece en el apdo. B).2 y 3 de su Anexo que esta Comunidad ejercerá, en el marco de las normas básicas del Estado y en función de los Planes Nacionales que se establezcan por la Administración del Estado, las funciones inherentes al régimen concesional relativo a la gestión indirecta de aquel Servicio Público, consistentes, entre otras, en la regulación de los procedimientos de adjudicación, las facultades de renovación de las concesiones y la creación de un Registro para la inscripción de las empresas concesionarias, aspectos todos ellos que encuentran regulación en la norma proyectada.

La normativa estatal de referencia se encuentra constituida básicamente por la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de Radiodifusión y Televisión y las citadas Leyes 31/1987 y 11/1998, en los preceptos que resultan de aplicación, así como por el RD 1388/1997, de 5 de septiembre, por el que se aprueba un incremento de frecuencias para gestión indirecta de emisoras, dentro del Plan técnico nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia.

La distribución competencial en materia de radiodifusión ha sido delimitada por la jurisprudencia constitucional en diversas sentencias, en las que se ha considerado que las competencias del Estado alcanzan a la aprobación de las normas delimitadoras de la utilización del espectro radioeléctrico, la regulación de las condiciones generales para la prestación del servicio, la elaboración de los planes

generales, la atribución de frecuencias y potencias, así como la localización de las emisoras. Por su parte, las competencias autonómicas comprenden la regulación de los procedimientos de adjudicación, la resolución de solicitudes de concesión de emisoras y el otorgamiento de las concesiones, así como las facultades accesorias de éstas como son la inspección de los servicios e imposición de sanciones derivadas de infracciones a la normativa autonómica (SSTC 26/1982, 44/1982, 21/1998, 248/1988, 168/1993).

El Proyecto normativo analizado no es precisamente una reglamentación ejecutiva, sino que es un Reglamento de desarrollo de las bases en la materia afectada, como ya se ha razonado y reiterado respecto de otras materias en anteriores Dictámenes (así los Dictámenes nº 83/1997, 25/1999, 30/1999, 36/1999, 67/1999 y 85/1999), cuya ordenación está sometida a reserva legal en sustancial y fundamental medida o en buen número de cuestiones que pretendan ser disciplinadas por esta vía reglamentaria y, por tanto, dicho desarrollo, en base de la competencia de la CAC, debiera realizarse por Ley formal autonómica y, a partir de ella, por su Reglamento ejecutivo producido por el Gobierno autonómico.

III

El articulado del PD sugiere las siguientes observaciones o reparos puntuales:

- **Art. 1.2 en relación con el art. 14:** El art. 1.2 PD clasifica las emisoras que son objeto de regulación en comerciales, culturales y otras de carácter no lucrativo. Por su parte, el art. 14 ofrece una definición de las dos últimas citadas poniendo el acento en su finalidad no lucrativa. Se pueden realizar dos observaciones al respecto. La primera, relativa a la laguna que presenta la norma proyectada al dejar de definir las emisoras comerciales, frente a la expresa definición de las otras dos. La segunda, de carácter sistemático, pues en todo caso procedería que estas definiciones se ubicaran inmediatamente después de su clasificación, bien con un artículo propio, bien como continuación del apartado 1.2 o como un nuevo apartado del art. 1.

- **Art. 2:** Este precepto contiene una relación de las normas estatales aplicables en la materia. A este respecto debe tenerse en cuenta que las normas reglamentarias no deben citar las normas con rango de ley que les sirven de cobertura con el fin de evitar la posible inseguridad jurídica que se produciría

ante una derogación en el futuro de las mismas. Por esta razón debe sustituirse la cita de las normas contempladas en este artículo por una referencia genérica a la normativa básica en materia de contratación administrativa y de telecomunicaciones o, si se considera mantener, como hacen algunos Decretos de otras Comunidades Autónomas en esta misma materia, la cita de las normas mencionadas, añadir "o las normas que las sustituyan".

- **Art. 5:** En este precepto se establecen los requisitos que han de reunir los concesionarios, que son los contemplados en la Disposición Adicional sexta LOT, a los que se introduce además determinadas modificaciones con el objeto de adaptarlos a las exigencias de la normativa comunitaria. Se trata, pues, de un precepto que no sólo transcribe la disposición legal estatal, sino que también la innova adicionando lo dispuesto por norma comunitaria europea.

La D.A. 6 constituye legislación básica estatal en la materia, no sólo por ser así calificada en la propia Ley sino porque así expresamente ha sido reconocido por el TC al considerar que en ella se abordan condiciones o requisitos esenciales de las concesiones, que redundan en el acceso a la utilización de un privilegiado medio de comunicación social y que deben efectuarse en régimen de sustancial igualdad en todo el territorio nacional. Considera, por tanto, que constituyen extremos básicos que corresponden a la titularidad estatal (SSTC 248/1988, 168/1993). Consiguientemente, no cabe su reproducción en la norma proyectada, práctica que ha sido tachada de inconstitucional por el TC (STC 158/1998 y las que en ella se citan) y mucho menos modificar la regulación contenida en aquella Disposición para proceder a su adaptación al Derecho Comunitario, tarea ésta que sigue el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Al ser de competencia estatal la fijación de los requisitos que han de cumplir los concesionarios, es la legislación de este carácter la que ha de proceder a la adecuación a la normativa comunitaria.

No obstante, es bien patente que las normas comunitarias obligan tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas y por tanto son aplicables para uno y otras en cualquier caso.

- **Art. 6:** En este precepto se regula el procedimiento de adjudicación, incluyendo en su contenido aspectos que exceden de este procedimiento propiamente dicho, en concreto los apdos. 4 y siguientes.

La regulación del procedimiento de adjudicación, que en todo caso habrá de ajustarse al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), resulta bastante parca, no previendo muy especialmente los aspectos relativos a la convocatoria del concurso y la firma del contrato. Singularmente, no se contiene referencia alguna, como sí ocurre en el Reglamento actualmente vigente, a los criterios que el órgano competente ha de tener en cuenta para otorgar las concesiones. Es cierto que éstos pueden ser fijados en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares pero la inclusión de los mismos en el PD, aunque no presente carácter de necesarios, redundaría en beneficio de la seguridad jurídica.

Por lo que respecta a la intervención de la Administración estatal, su intervención deriva de lo previsto en el art. 26.6 LOT y a estos efectos debe tenerse en cuenta lo previsto en el RD 1388/1997, de 5 de septiembre y, por remisión de éste, en los arts. 6, 7, 8, 10 11 y 12 del Reglamento aprobado por RD 1273/1992. Estos preceptos prevén la intervención de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, que es el órgano competente para aprobar el proyecto técnico y proceder a la asignación de frecuencia. Ello obliga a coordinar las actuaciones autonómica y estatal a los efectos de conseguir la eficacia de la concesión, que de acuerdo con el art. 6.7 queda condicionada a la aprobación de aquel proyecto y adjudicación de frecuencia.

Conforme al art. 3 RD 1388/1997, con carácter previo al comienzo de la prestación del servicio por los concesionarios, será indispensable la aprobación del proyecto técnico, la concesión de dominio público radioeléctrico y consiguiente asignación de frecuencia y, finalmente, la inspección de las instalaciones por parte de la Administración estatal, todo ello en ejercicio de sus competencias sobre el dominio público radioeléctrico. La tramitación procedimental para la obtención de la concesión demanial ha de seguir lo establecido en los citados artículos del RD 1273/1992 y ha de iniciarse una vez otorgada la concesión del servicio por el órgano autonómico competente. Esta tramitación impone la intervención autonómica.

Los apdos. 4 y 5 PD precisamente se refieren a esta intervención. Sin embargo, la regulación en ellos contenida presenta determinadas deficiencias, redactándose incluso algunos aspectos de tal forma que parecen imponer

obligaciones a la Administración estatal, como ocurre en el párrafo segundo del apdo. 4 ("(...) la Secretaría de Estado (...) *resolverá sobre la aprobación o no del proyecto*") o en el primer párrafo del apdo. 5 ("Una vez aprobado el proyecto *se comunicará (...)*"). Las competencias de la Administración estatal sólo pueden ser determinadas por la propia normativa estatal, por lo que el PD sólo ha de referirse a aquellas actuaciones que sí competen a la Administración autonómica, que se reducen a remitir la documentación aportada por el concesionario a la Secretaría de Estado y a notificar a aquél las decisiones de ésta. En este sentido, el PD se ha ocupado de fijar los plazos, dentro de los establecidos por la normativa estatal, para dar cumplimiento a sus cometidos. A ello responden los plazos fijados en el apdo. 4, pfs. primero y segundo, que respetan el plazo de cuatro meses establecido en el art. 6 RD 1372/1992 y el fijado en el último párrafo de este mismo apartado, que se corresponde con el determinado en el art. 7 de aquel texto. No obstante, si bien para los dos primeros, el PD ha incardinado su actuación de tal forma que la remisión de la documentación que la Administración autonómica ha de efectuar se realiza con anterioridad a la finalización del plazo de cuatro meses, en este último caso el PD se ha limitado a fijar el mismo plazo que aquel art. 7, sin indicar que con anterioridad al transcurso del mismo se haga entrega de la documentación en la instancia autonómica para su nueva remisión.

Por lo que se refiere al contenido del Proyecto técnico de instalación de la emisora a que alude el primer párrafo del apdo. 4, es el fijado por el art. 6 del RD 1273/1992, que a su vez remite al art. 5 del RD 169/1989 en cuanto a los criterios a los que ha de ajustarse aquel Proyecto. Por ello, este apdo. 4 debe efectuar una remisión a la normativa de aplicación.

El apdo. 6 de este precepto concede un plazo de dos meses para poner en funcionamiento la emisora, plazo no coincidente con el previsto en el art. 12 del RD 1273/1992 (18 meses).

El apdo. 8 de este art. 6 se refiere a los supuestos de cancelación de la asignación de frecuencia y de la concesión. Por lo que se refiere al primero, dado que dicha asignación es de competencia estatal, es a su normativa quien corresponde su regulación, como de hecho se encuentra regulado en el art. 12 del RD 1273/1992, que establece además plazos distintos a los fijados por el PD.

- **Art. 7.1.a).** La autorización para la subcontratación parcial del contrato se atribuye en este precepto al Gobierno de Canarias. En todo caso, esta

autorización habría de corresponder al órgano competente para contratar, cuestión no especificada en el PD. En todo caso, la exigencia de autorización no encuentra cobertura en la TRLCAP. El art. 170 TRLCAP sólo impone el límite de que la subcontratación recaiga sobre prestaciones accesorias. Por su parte, el art. 115 TRLCAP únicamente exige la autorización en los casos establecidos en el apdo. 2.a), pfo. segundo, no aplicable en este supuesto, por lo que en principio bastará con que se de conocimiento por escrito a la Administración (párrafo primero de la misma disposición).

- **Art. 7.1.e).** La obligación facilitar las comprobaciones que tenga que llevar a cabo la Administración del Estado viene impuesta por las propias normas estatales dentro del ámbito de sus competencias, por lo que no procede su inclusión en la norma autonómica.

- **Art. 11.** La posibilidad de renovación que prevé este precepto se contempla en la Disposición Adicional sexta.2.a) LOT. Este art. 11 configura la renovación de las concesiones de manera potestativa para la Administración. Sin embargo, no fija los criterios que han de tenerse en cuenta para decidir o no la concesión de la misma, limitándose a señalar que será determinante para conceder la renovación el cumplimiento de los requisitos y obligaciones exigibles a los concesionarios en virtud de este decreto y demás legislación aplicable. Por ello, a los efectos de clarificar el régimen jurídico de la renovación, ha de indicarse si son exigibles o no otras condiciones para proceder a la renovación.

Por otra parte, este artículo no se adecua a la Disposición Adicional Sexta.2,a) en cuanto ésta establece un plazo de renovación de diez años igual y además con carácter ilimitada, y sin embargo en el artículo comentado las prórrogas son de cinco años y hasta un tiempo máximo de veinticinco años.

- **Art. 12.** Este precepto incluye como causas de extinción de la concesión no haber presentado el proyecto técnico en el plazo establecido (apdo. f) o no haber solicitado la inspección de las instalaciones en el plazo también indicado (apdo. g). Sin embargo, teniendo en cuenta que la concesión otorgada por la Administración autonómica se encuentra sometida a condición suspensiva (art. 6.7 PD), ello supone que la misma no ha podido desplegar efectos hasta que se cumplan aquellas condiciones, por lo que no se trataría de supuestos de extinción. Además, el art. 6.8 configura estos supuestos como causa de cancelación de la concesión.

- **Art. 15.** No se justifica en un Capítulo aparte el contenido de este artículo, que podría encontrar su encuadre sistemático en el art. 6, pues se refiere a la documentación que han de presentar los interesados.

- **Art. 17.** Este precepto regula el régimen sancionador, remitiéndose a la tipificación de infracciones y a las sanciones impuestas a las mismas establecidas en la LGT (arts. 78-82).

No obstante, el art. 36.2 LOT, que continúa vigente (Disposición Derogatoria LGT), reconoce la potestad sancionadora a las Comunidades Autónomas en los supuestos de concesiones administrativas sobre servicios de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia a los que se refiere el art. 26.5 de la misma Ley. A este respecto, la STC 168/1993 reconoció la competencia de las CCAA para tipificar las infracciones y establecer sus correspondientes sanciones, siguiendo la reiterada doctrina del propio Tribunal de que la titularidad de la potestad sancionadora va normalmente pareja, como instrumental, a la competencia sustantiva de que se trate, de suerte que la imposición de sanciones administrativas por las CCAA sólo se justifica cuando tengan competencias en la materia. La aplicación de esta doctrina a la materia de radiodifusión lleva a la conclusión, también reconocida en esta sentencia, de que esta potestad sancionadora autonómica se circunscribe al ámbito de su competencia sustantiva, en este caso por tanto a los requisitos y condiciones para el otorgamiento de concesiones en ondas métricas con modulación de frecuencia (FJ 8).

La CAC no ha desplegado esta competencia tipificadora, que en todo caso, por aplicación del principio de legalidad en materia sancionadora establecido en el art. 25.1 CE, requeriría la aprobación de una ley, vedando por tanto la creación *ex novo* de infracciones a través de una norma reglamentaria. A falta de esta cobertura legal autonómica, el art. 17.1 PD, como se ha indicado y en la línea además de las regulaciones llevadas a cabo por otras CCAA, contiene una remisión a la regulación de las infracciones prevista en la LGT, sin contemplar una específica tipificación de las conductas infractoras que han de ser objeto de sanción según la LGT, para cuya concreción se encuentra habilitado el Reglamento por el art. 129.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

Ahora bien, la remisión que se realiza al régimen sancionador previsto en la LGT no puede entenderse a la totalidad de las infracciones que allí se tipifican, sino únicamente aquellas que puedan afectar a la concesión del servicio público de radiodifusión, ámbito de la competencia autonómica, pues todas aquellas que se refieran al uso del dominio público radioeléctrico son de la exclusiva competencia estatal en virtud del art. 149.1.21ª CE. Por ello, en el art. 17.1 PD, aunque expresamente se refiere a las infracciones a las normas reguladoras del *servicio de radiodifusión*, en aras a una mayor claridad y seguridad, debiera matizarse que se trata de aquellas infracciones que vulneran las condiciones de la concesión otorgada por la CAC.

Finalmente, el art. 17.2 PD determina la consideración de esenciales de las obligaciones calificadas como tales por el propio PD en el art. 7.1 a los efectos de lo dispuesto en los arts. 79.16 y 80.15 LGT. Esta concreción es admisible partiendo de que si la CAC tiene competencia para regular las condiciones del servicio, que se refleja en las obligaciones que impone el otorgamiento de la concesión para el prestador del servicio, también ha de reconocerse esta competencia para determinar, dentro de ese elenco, las que revisten este carácter.

- **Art. 20.2,b).** Este artículo establece las causas por las que no procederá la inscripción, incluyendo en su letra b) el supuesto de que en la constitución de la empresa no se haya dado cumplimiento a las normas o requisitos legales exigidos. Sin embargo, el cumplimiento de la normativa aplicable a la constitución de sociedades ha debido ser comprobado durante el procedimiento de adjudicación de la concesión, por lo que parece exceder del ámbito de este registro una comprobación de este tipo.

- **Art. 21.2.** En primer lugar, la remisión que se efectúa a la LOT es incorrecta dado que el régimen sancionador de la misma se encuentra derogado (Disposición Derogatoria LGT). Pero es que, además, en este artículo se están tipificando como infracciones determinados incumplimientos por parte de los concesionarios. Estas infracciones no se encuentran tipificadas en la LGT, por lo que se está produciendo una vulneración del principio de legalidad en materia sancionadora establecido en el art. 25.1 CE.

CONCLUSIÓN

El Proyecto de Decreto se adecua a la competencia normativa que desarrolla, no obstante se formula una observación general en el Fundamento II, párrafo último y se hacen observaciones o reparos puntuales a su articulado en el Fundamento III.