

Núm. de Protocol: AD-041-1/96

S E N T E N C I A NUM. 97-17

PARTS:

Apel.lant: H.C.N.

Representant: E.C.C.

Advocada: C.M.P.

Apel.lada: M.I.Govern

Representant: M.S.

Advocat: M.C.M.

Apel.lada: Comú d'Andorra

Representant: C.M.

Advocat: M.C.M.

COMPOSICIO DEL TRIBUNAL:

President: M.I. Sr. Bernard Plagnet

Magistrats: M.I. Sr. Lluís Saura Lluvià

M.I. Sr. Albert Andrés Pereira

A la vila d'Andorra la Vella, el 14 d'abril de 1997.

El Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa ha vist el recurs d'apel.lació a les actuacions número AD-041-1/96.

En la tramitació d'aquestes actuacions han estat observades les prescripcions legals, i ha estat ponent el magistrat Sr. **Bernard Plagnet**, el qual expressa el parer del Tribunal.

A N T E C E D E N T S D E F E T

1.- En data 9 de novembre de 1995, l'agent adreçà al Comú d'Andorra la Vella una sol·licitud "d'obertura d'empresa, dedicada a telefonia, en el sentit més ampli, mòbil, per cable, per satèl·lit, transmeten el so per tota altra forma, podent contractar i establir línies a Andorra i amb l'estranger, amb dret a tenir abonats, i sota la denominació comercial de Telefonia Privada".

En data 25 de gener de 1996, formula recurs d'alçada a Govern contra la desestimació tàcita del Comú. En data 22 de febrer de 1996, el Comú d'Andorra la Vella dicta el decret núm. 960203 denegant la demanda d'obertura.

2.- Segons sentència de data 28 de novembre de 1996, el Tribunal de Batlles ha desestimat la demanda interposada pel Sr. H.C.N. .

3.- En el seu recurs d'apel·lació de data 28 de gener de 1997, el Sr. H.C.N. estima principalment:

-que la Constitució reconeix la "llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat i conforme a les lleis" (art. 28);

-que l'article 36 de la Constitució precisa que "l'Estat pot crear mitjans de comunicació social. D'acord amb els principis de participació i pluralisme, una llei en regularà l'organització i el control per part del Consell General". Segons el demandant, aquesta disposició deroga la legislació en vigor al moment de l'entrada en vigor de la Constitució;

-que el Sr. H.C.N. en conclou "que l'acord del Consell General de 25 d'abril de 1984, pel qual s'atribueix exclusivament a l'STA la gestió i explotació, en règim d'exclusiva, dels serveis de telecomunicacions en general, entra en total contradicció amb l'article 28 de la nostra Carta Magna en el que, repetim, es reconeix la llibertat d'empresa";

-que el demandant afegeix que l'administrat té dret a obtenir una resposta expressa a totes les seves demandes, i no solament un rebuig implícit resultant del silenci mantingut durant un període de dos mesos.

4.- Segons la seva contesta de data 19 de febrer de 1997, l'Hble. Comú d'Andorra la Vella demana la confirmació de la sentència, segons els motius següents, principalment:

-que el rebuig tàcit de la demanda presentada pel Sr. H.C.N. és conforme a les disposicions de l'article 40 del Codi de l'Administració.

-que la decisió de rebuig no es contraria a l'article 28 de la Constitució doncs l'expressió "conforme a les lleis", que figura dins aquest article, "inclou la Llei de 1984 que va consagrar el que es feia des de l'inici de la telefonia a Andorra: el servei públic gestionat per un ens públic amb caràcter d'exclusiva".

-que l'article 36 de la Constitució permet a l'Estat de "crear diaris i revistes, pot crear estacions de radiodifusió i de televisió, respectant sempre el principi de pluralisme que s'oposa a premsa única, radio única i televisió única baix el control de l'Estat. Això res té a veure amb la creació d'un servei de telefònica, doncs aquest no es més que un medi mecànic...",

-"que a Andorra, per disposició del legislador (la llei de 1984), l'exclusiva de gestió del que es defineix com a servei públic de telecomunicacions, usant dels bens demanials, correspon a l'STA i per exclusió, no pot ésser permès administrativament que un Comú i el Govern autoritzin a una entitat privada o pública diferent de l'STA - que té l'exclusiva-, la gestió i explotació d'aquestes activitats definides com a servei públic".

-que el Tribunal no te competència per acordar l'autorització d'explotar; aquesta autorització relleva de la competència de l'Administració pública.

5.- El M.I. Govern ha reprès els mateixos arguments en la seva memòria de data de 19 de febrer de 1997.

F O N A M E N T S D E D R E T

Primer.- La Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia és competent per a conèixer del present recurs, de conformitat a allò que estableix l'article 39.3 de la Llei Qualificada de la Justícia.

Segon.- La pretensió que formula l'agent, encaminada a obtenir l'autorització per a l'obertura d'una empresa dedicada "a telefonia, en el sentit més ampli, mòbil, per cable, per satèl·lit, transmetent el so o per tota altra forma, podent contractar i establir línies a Andorra i amb l'estranger, amb dret a tenir abonats", descansa de forma exclusiva en els articles 28 i 36 de la Constitució.

Aquests dos preceptes formen part del Capítol V del Títol II de la Constitució, relatiu als drets i principis econòmics, socials i culturals, els quals conformen la legislació i l'acció els poders públics, però només poden ser invocats davant dels Tribunals en els termes fixats per l'ordenament jurídic, tal i com ho disposa l'article 39.3 de la pròpia Constitució.

En conseqüència, la sol·licitud de l'agent no pot recolzar-se únicament en els preceptes constitucionals invocats, sinó que la qüestió litigiosa ha de ser resolta d'acord amb les disposicions legals i reglamentaries que resultin aplicables, en aquest cas l'acord del Consell General de 25 d'abril de 1984 i la Llei del dia 11 de novembre de 1986 que regeixen l'Estatut Orgànic del Servei de Telefonia d'Andorra (S.T.A.). L'Estatut de l'STA defineix l'STA com una entitat de dret públic que té per missió desenvolupar l'objecte de telecomunicacions en general, i de manera particular els serveis de telefonia, radiotelefonia, tèlex, transmissió de dades o altres serveis auxiliars i complementaris dels de telecomunicació dintre el territori d'Andorra fins i tot a les seves comunicacions internacionals, tant pels existents l'any 1984 com els que es puguin crear en el futur. En l'article 3 s'atribueix a l'ens públic STA en exclusiva la concessió pel desenvolupament del seu objecte.

Del contingut d'aquests texts, resulta que el servei de telefonia ha estat declarat servei públic, en règim de monopoli, la qual cosa comporta l'atribució al sector públic de la titularitat del servei. Aquesta declaració implica l'exclusió de la iniciativa privada en aquest sector d'activitat, la qual cosa ha de determinar el rebuig de la sol·licitud formulada pel recurrent.

Tercer.- Des d'un altre punt de vista, no es pot considerar que la reserva al sector públic de determinats serveis essencials sigui contrària a la llibertat d'empresa que contempla l'article 28 de la Constitució. Com tants d'altres drets reconeguts en el text constitucional, la llibertat d'empresa no està exenta de determinats límits, entre els que destaquen els derivats de la intervenció de l'Estat, des de la

perspectiva de la satisfacció de l'interès públic, que contempla l'article 32 de la pròpia Constitució.

Especialment, aquesta intervenció dels poders públics es justifica quan es tracta de desenvolupar els serveis essencials per al funcionament d'una societat moderna, entre els que s'inclou el servei de telefonia. En aquest cas, la reserva al sector públic suposa l'atribució a l'Administració de la titularitat del servei, amb la consegüent exclusió de la iniciativa privada, en els termes que abans s'ha exposat. Aquest fenomen de la *publicatio* constitueix, doncs, un dels límits de la llibertat d'empresa reconeguda en l'article 28 de la Constitució.

Quart.- En darrer terme, resulta inaplicable en aquest cas l'article 36 del text constitucional. Malgrat les afirmacions del recurrent, aquesta norma no conté una interdicció genèrica de les situacions de monopoli en qualsevol àmbit de l'activitat econòmica, sinó que, com es desprèn del seu tenor literal, es limita a reconèixer la possibilitat de que l'Estat creï mitjans de comunicació social i efectua una remissió a la llei pel que fa a la regulació de la seva organització i control, d'acord amb els principis de participació i pluralisme. Cap d'aquests aspectes guarda relació amb l'objecte del present recurs.

Cinquè.- Pel que fa a la pretensió subsidiària que formula l'actor, resulta improcedent realitzar qualsevol declaració entorn dels drets de l'interessat derivats d'una hipotètica legislació que es pugui dictar en el futur. Queden fora de l'objecte del procés les declaracions merament interpretatives o de futur que no estiguin relacionades amb una lesió actual i efectiva dels drets o interessos jurídicament protegits.

En conseqüència, s'ha de desestimar íntegrament el present recurs d'apel·lació, sens que s'aprecii temeritat en l'exercici de les respectives pretensions de les parts, que pugui justificar la imposició de les costes d'aquesta instància.

D E C I S I O

En atenció a tot el que s'ha exposat, el Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, en nom del poble andorrà, decideix:

Primer: Desestimar el recurs d'apel·lació que formula el Sr. H.C.N. .

Segon: Confirmar la Sentència del Tribunal de Batlles de 28 de novembre de 1995.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manen que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es lliurin els autes originals amb la certificació d'aquesta sentència al Tribunal de Batlles, Secció Administrativa del qual procedien, i que s'arxivin les actuacions del Tribunal.

NOTIFICACIO:

La present sentència ha estat notificada a les
parts compareixents.....
.....
.... mitjançant el lliurament d'una còpia certificada.

I llegida, la signen, fet del qual en dono fe,

La secretària,

M. Dolors Cervós Pifarré