



Roj: **STS 4960/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4960**

Id Cendoj: **28079130072015100314**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **02/12/2015**

Nº de Recurso: **3306/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **CELSA PICO LORENZO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 12401/2014,**
STS 4960/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Diciembre de dos mil quince.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación núm. 3306/14 interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía en nombre y representación de la Junta de Andalucía contra la sentencia de 2 de junio de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada en el recurso 801/2009 seguido a instancias de Onda Chipiona TV, SL contra Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 29 de julio de 2008 por el que se resuelve el otorgamiento de concesiones para la explotación del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía para su gestión por particulares convocado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de abril de 2006. Ha sido parte recurrida Onda Chipiona TV, SL representada por el Procurador de los Tribunales D. José Carlos García Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso administrativo 801/2009 seguido ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, se dictó sentencia de 2 de Junio de 2014 , que acuerda: "Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal de Onda Chipiona T.V. , S.L., contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 29 de julio de 2008 por el que se resuelve el otorgamiento de concesiones para la explotación del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía para su gestión por particulares convocado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de abril de 2006, anulando el acuerdo impugnado en cuanto a la adjudicación de las concesiones para la explotación de programas digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito demarcacional local en la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin haber lugar a declarar el derecho de la actora a ser adjudicataria del concurso en la demarcación donde presentó la proposición, sin que existan méritos para un especial pronunciamiento sobre las costas, al amparo de lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional ."

Por Auto de 24 de junio de 2014 se acuerda "Aclarar el fallo de la Sentencia dictada que queda redactado así "...Anulando el acuerdo impugnado en cuanto a la adjudicación de las concesiones para la explotación de programas digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito demarcacional local de Jerez de la Frontera..."

SEGUNDO.- Por la Letrada de la Junta de Andalucía se prepara recurso de casación y teniéndose por preparado, se emplazó a las partes para que pudieran hacer uso de su derecho ante esta Sala.



TERCERO.- Dicha representación procesal, por escrito presentado el 24 de noviembre de 2014 formaliza recurso de casación e interesa la estimación de los motivos alegados y que se case la sentencia recurrida resolviendo conforme al suplico contenido en el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- La representación procesal de Onda Chipiona TV, SL mediante escrito de fecha 3 de marzo de 2015 formaliza oposición, interesando su desestimación.

QUINTO.- Por providencia de 12 de mayo de 2015 se señaló para votación y fallo para el 25 de noviembre de 2015, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Celsa Pico Lorenzo**, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Letrada de la Junta de Andalucía en la representación de la Comunidad Autónoma de Andalucía interpone recurso de casación 3306/2014 contra la sentencia estimatoria parcial de 2 de junio de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada en el recurso 801/2009 seguido a instancias de Onda Chipiona TV, SL contra Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 29 de julio de 2008 por el que se resuelve el otorgamiento de concesiones para la explotación del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía para su gestión por particulares convocado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de abril de 2006.

Identifica la Sala en su PRIMER fundamento (completa en Cendoj **Roj:** STSJ AND 12401/2014 - **ECLI:** ES:TSJAND:2014:12401) el acto impugnado, mientras en el SEGUNDO plasma lo esencial de la pretensión actora y la oposición de la administración demandada, mientras en el TERCERO recoge los motivos de impugnación.

En el CUARTO rechaza, como pide la administración, debemos comenzar rechazando, tal y como pide la Administración demandada, todos aquellos motivos de impugnación aducidos frente a actos anteriores que no fueron oportunamente impugnados en vía administrativa ni jurisdiccional en tiempo y forma.

Tras ello en el QUINTO afirma que *"el hecho de que no puedan examinarse motivos de ilegalidad dirigidos frente a actos no impugnados, no determina que esta Sala no deba tener en consideración la ilegalidad de determinados aspectos de la convocatoria anulados por Sentencia firme de esta misma Sala, y es que el pliego de cláusulas no gozaba de plena validez cuando tuvo lugar la celebración del concurso.*

La anulación de determinadas bases de la convocatoria (apartados 1 y 4 de la base 7 y apartado 3.2 de la misma base y de las bases 29, 20.2 y 25) que tuvo lugar por Sentencia firme de 16-7-2007 recaída en RO 1742/2006, va a determinar la nulidad del Acuerdo impugnado de adjudicación.

Consideraba la Sentencia que tales bases debían ser anuladas por consecuencia directa de la Sentencia de 11 de junio de 2007 que anuló determinadas disposiciones del Decreto 1/06 de gestión de las televisiones locales por ondas terrestres "fuente de inspiración" de la convocatoria, entonces impugnada.

Dicha convocatoria de 18 de abril de 2006 es el acto que dio inicio al procedimiento que culmina mediante la resolución ahora impugnada, que no es sino la adjudicación final del concurso convocado y cuyas bases fueron parcialmente anuladas por entender básicamente:

Que la base 7 apartado 1 y 4 y la base 29, exigen de los peticionarios la presentación de una oferta técnica, con un resumen de las características técnicas del servicio, que formulen plan de calidad del servicio y detalle de las características técnicas de las instalaciones, así como incluyen normas técnicas conforme a las que habrá de prestarse el servicio, aspectos todos ellos de competencia estatal.

También el apartado 3.2 de la base 7, obliga a los participantes que se propongan prestar servicios adicionales de datos a que los describan, efectúen una estimación de su capacidad y detallen sus características, y la nulidad de la misma deriva de la del artículo 11.3 del Decreto 1/06 por incidir la materia relativa a la prestación de estos servicios adicionales en competencia exclusiva del Estado.

Un elemental principio de unidad de acto en la valoración por parte de la Mesa de Contratación del contenido de las proposiciones de las empresas licitadoras del Sobre 2º y también de unidad de convocatoria, impide que podamos examinar aspectos que aunque no inciden directamente en tales bases anuladas, si lo hacen en aspectos relacionados con ellas e inciden finalmente en la puntuación globalmente asignada a los participantes.

Ello implica que no resulte necesario valorar por ejemplo la incidencia del nº de páginas de las ofertas técnicas presentadas o destinadas al resumen (base 7ª) u otros aspectos formales de las mismas, ni tampoco analizar



el contenido de las proposiciones de las participantes, que critica la demanda en el fundamento jurídico octavo, aunque se refiera a aspectos relativos a programación, plantilla de personal etc.

Obviamente tampoco debemos analizar la vulneración de la prohibición de formar cadenas, ya que de producirse tal defecto sería imputable al acto de adjudicación posterior a la fase de valoración y que precisamente procede anular por lo expuesto.

En todo caso no está de más señalar que la demanda parte de un presupuesto erróneo de considerar que la prohibición de formar cadenas opera en los concesionarios de distintas demarcaciones dentro de una misma CCAA, y es de recordar la doctrina de la STS de 18 de septiembre de 2013 , que reiterando lo expuesto en la STS de 26 de noviembre de 2012 , y de 18 de julio de 2012 , cuando señalan que la referida prohibición impide que una misma persona física o jurídica pueda ser titular de más de una concesión en cada demarcación, no en demarcaciones distintas; y que "las circunstancias que determinan la existencia de una unidad de decisión se refieren al control que una cadena de televisión puede ejercer sobre las sociedades gestoras del servicio en un ámbito territorial determinado (el que es objeto de la concesión), pero no se da por el hecho de que en varias demarcaciones resulte adjudicataria la misma empresa licitadora".

Tampoco procede ya el análisis de la ponderación y motivación de la baremación que efectúa la Administración e impugna la actora, pues como se ha dicho no procedería por ejemplo diseccionar programación/servicios adicionales de datos en el análisis de la documentación del sobre 2 señalada en el apartado 3 de la base 7-anulado en cuanto a dichos servicios adicionales, ni individualizar la valoración de este apartado, con respecto al 4 también anulado, y cuya valoración también impugna la actora, o hacerlo respecto al resto de los apartados.

Y si no procede analizar las ofertas de los licitadores en los diversos apartados de la baremación, tampoco procede concluir cual o cuales de ellas se acomodan mejor a los criterio de valoración del pliego o determinar la puntuación que correspondería a cada una de ellas en cada apartado".

Luego en el SEXTO sostiene "Pese a todo lo anterior, y a las consecuencias de anulación de las adjudicaciones que conlleva, conviene que esta Sala deje sentadas determinadas conclusiones sobre aspectos tratados por el demandante y que no se refieren propiamente a la fase de valoración de los méritos de los concursantes sino a cuestiones de admisión de los licitadores para tomar parte en el procedimiento de contratación o para contratar".

Así analiza que determinadas entidades han resultado adjudicatarias en la demarcación de Jaén (Canal TVT de Torredonjimeno S.L.), Málaga (Gestimedios Andalucía) y Granada (Alambra Radio y Televisión S.L.)

Tras ello en el SÉPTIMO estimar parcialmente la pretensión principal de la demanda, anulando el acuerdo impugnado en cuanto a la adjudicación de las concesiones para la explotación de programas digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito demarcacional local en la Comunidad Autónoma de Andalucía, sin haber lugar a declarar el derecho de la actora a ser adjudicataria del concurso en la demarcación donde presentó la proposición.

SEGUNDO.- 1. Un primer motivo al amparo del art. 88.1. c) LJCA por infracción de los arts. 33.2 y 65.2 LJCA , por vulneración del principio de contradicción que causa indefensión (art. 24 CE), ya que la sentencia basa de modo exclusivo la decisión estimatoria del recurso, en la sentencia de 17/7/2007 del TSJ de Andalucía dictada en el recurso 1742/2006, que declaró la nulidad de determinadas bases reguladoras de la convocatoria para el otorgamiento de concesiones aprobadas mediante acuerdo de 18/4/2006.

Esgrime que el principio de contradicción exige que los nuevos motivos se pongan en conocimiento de las partes y se les proporcione la posibilidad de formular alegaciones.

Invoca las Sentencias de 27/11/2013, 19/7/2013 y 29/11/2013, concluyendo que el TSJ ha resuelto basándose en una decisión anterior que no somete a las partes por lo que debe acordarse la retroacción de actuaciones y resolver tras actuar conforme al art. 33.2 LJCA .

1.1. Muestra su oposición frontal la parte recurrida. Pide la inadmisibilidad del recurso por estar articulado como si de un recurso de apelación se tratara.

Rechaza el fondo del motivo por cuanto no hubo cambio de pretensión sino de fundamentación jurídica lo que no constituye cuestión nueva.

Adiciona que la administración pretende obtener ventajas de sus irregularidades consistente en pretender hacer valer una adjudicación que se ha realizado tras haber sido anuladas parcialmente las bases de la convocatoria que sustentan el proceso de concurrencia competitiva que da lugar a la adjudicación impugnada.

Insiste en que no hubo cambio de pretensión (para lo cual transcribe el suplico de su demanda) sino de fundamento jurídico, con cita de amplia jurisprudencia, por lo que no hubo alteración de tema decidendi ni causa petendi



2. Un segundo motivo al amparo del art. 88.1.c) LJCA por incongruencia por exceso y falta de motivación de la sentencia.

Alega que la sentencia rechaza todos los vicios de nulidad que denunciaba la recurrente en la instancia. Cambia el thema decidendi y termina estimando el recurso sobre la base de un pronunciamiento judicial inaudita parte, por lo que resuelve cuestiones ajenos al debate con el subsiguiente desajuste entre la controversia y la decisión adoptada.

2.1. Refuta la recurrida el motivo por cuanto no se le dió más de lo pedido.

3. Un tercero al amparo del art. 88.1.c) LJCA por falta de motivación y congruencia de la sentencia recurrida, con indefensión para la parte, ya que no explica las razones por las cuales la anulación de algunas bases reguladoras de la convocatoria realizada para la adjudicación de las concesiones de servicio público de TDT influye en el acuerdo de adjudicación, determinando consecuentemente su nulidad.

3.1. La recurrida considera este motivo vacío de contenido.

Añade que no tendría sentido que un Tribunal resolviese cosas distintas sobre una misma cuestión.

4. Un cuarto motivo al amparo del art. 88.1.d) LJCA por infracción del art. 24 CE, toda vez que existe sentencia firme del TSJ de Andalucía que resuelve un supuesto idéntico desestimando el recurso que es la sentencia de 17 de marzo de 2014.

4.1. Rechaza el motivo la parte recurrida.

Niega la identidad invocada para lo cual transcribe los suplicos de las pretensiones de Telelinea Local SA y de la aquí recurrida que, a su entender, muestran motivos distintos.

TERCERO.- Para resolver el primer motivo hemos de partir de que la importancia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundamentar el recurso y la oposición se encuentra plasmado en el art. 33 LJCA 1998 en relación con el art. 65.2 de la misma norma.

El respeto a lo anterior obliga a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición en que pretenda fundar su resolución. Disposiciones una y otra encaminadas a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso y evitar, por ende, la incongruencia por exceso.

Ciertamente aquí la Sala incurrió en el vicio denunciado mas no ha comportado indefensión material alguna para la administración autonómica que lo denuncia.

Debe subrayarse que la Sentencia anulatoria de las bases en que se apoya la Sala de instancia para resolver el recurso contencioso administrativo formulado por Onda Chipiona TV SL, devino firme con anterioridad al pronunciamiento de la aquí cuestionada y la administración autonómica fue parte por lo que su contenido le era conocido.

Por ello, una eventual retroacción para darle traslado de los motivos en que se apoya para resolver, resulta absolutamente irrelevante.

No prospera el motivo.

CUARTO.- Para enjuiciar los motivos segundo y tercero motivo nos remitimos, en primer lugar, a los FJ Tercero y Cuarto de la Sentencia de 11 de junio de 2014, recurso de casación 4159/2012, tal cual hicimos en la Sentencia de 2 de noviembre de 2015, recurso de casación 2446/2014, al exponer aquella de forma prolija la doctrina general sobre la motivación judicial y el vicio de incongruencia.

Si nos atenemos a la doctrina allí expresada hemos de anticipar que la sentencia no incurre en ninguno de ambos vicios.

La motivación constituye una garantía esencial para el justiciable mediante la cual es posible comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad sin que se reconozca un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales (STC 183/2011, de 21 de noviembre, FJ 5º).

La Sala de instancia expone ampliamente las razones por las que resuelve anular el acto impugnado ante la misma.

Difícilmente puede aducir la Administración recurrente que no conoce el criterio jurídico esencial que ampara el fallo cuestionado anulando algunas de las bases reguladoras de la convocatoria para la explotación de programas digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito demarcacional local de Jerez de la Frontera.



Fundamenta la Sala sus prolijos razonamiento en la precedente sentencia de 16 de julio de 2007 , por lo que de discrepar frente a ellos constituiría, en su caso, un motivo de impugnación de fondo, mas no de quebrantamiento de forma.

No se acogen los motivos segundo y tercero en lo que se refiere a la falta de motivación.

QUINTO.- Sucede también que lo argumentado respecto a la incongruencia de la sentencia no se enmarca en su contenido.

No hay incongruencia por exceso por el hecho de resolver conforme a lo acordado en sentencia anterior.

No se acoge los motivos segundo y tercero referidos a incongruencia.

SEXTO.- La parte recurrida expone prolijamente los distintos motivos formulados en sus respectivas demandas por Telelínea Local SA (falta de motivación informes, vulneración principio de igualdad de trato, etc) y Onda Chipiona TV SL (nulidad adjudicación por ausencia trámites esencial, invalidez adjudicación por concurrir prohibición de contrar, admisión de licitadores que no cumplen requisitos, iura novit curia, etc.)por lo que no cabe reputar el supuesto idéntico aunque se tratase del mismo concurso.

Sin perjuicio de la insuficiente argumentación del motivo, carece de apoyo alguno el argumento de la administración autonómica respecto a la lesión del art. 24. CE por contravenir la sentencia aquí impugnada lo vertido en la de 17 de marzo de 2014 dictada a instancia de Telelínea Local SA.

Tiene, pues, razón la recurrida al afirmar que con la invocación del principio "iura novit curia" la Sala de instancia pudo traer a colación una sentencia que anula alguna de las bases de la convocatoria que incidía de modo directo en las puntuaciones otorgadas para proceder a la adjudicación del concurso.

Tampoco se acoge el cuarto motivo.

SÉPTIMO.- Las valoraciones anteriores obligan, conforme a lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción , a declarar no haber lugar al recurso de casación, con expresa condena en costas a la parte recurrente, a tenor del apartado tercero del art. 139 LJCA , la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte éstas o hasta una cifra máxima". Y al amparo del artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción se señala como cantidad máxima a reclamar por todos los conceptos enumerados en el art. 241.1 de la L.E. Civil , la cantidad de 6000 euros.

Obviamente sin perjuicio de que el Letrado pueda interesar de su cliente la cantidad que estime proceda.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey y por la potestad que nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación deducido por La Letrada de la Junta de Andalucía en la representación de la Comunidad Autónoma de Andalucía contra la sentencia estimatoria parcial de 2 de junio de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada en el recurso 801/2009 seguido a instancias de Onda Chipiona TV, SL contra Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 29 de julio de 2008 por el que se resuelve el otorgamiento de concesiones para la explotación del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía para su gestión por particulares convocado por el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 18 de abril de 2006.

En cuanto a las costas estése al ultimo fundamento de derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada Ponente de la misma, Doña Celsa Pico Lorenzo, hallándose celebrando audiencia pública, lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.