



Roj: **STS 5295/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:5295**

Id Cendoj: **28079130072015100340**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **30/11/2015**

Nº de Recurso: **3332/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 12597/2014,**
STS 5295/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 3332/2014, interpuesto por la JUNTA DE ANDALUCÍA, representada por la letrada de su Servicio Jurídico, contra la sentencia nº 1608, dictada el 2 de junio de 2014 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, recaída en el recurso nº 491/2009, sobre 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.

Se ha personado, como recurrida, la mercantil GRANADA AZUL TV, S.L., representada por el procurador don José Carlos García Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 491/2009, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, el 2 de junio de 2014 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"**FALLAMOS**

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado por la representación procesal de Granada Azul, 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.

Sin especial pronunciamiento sobre condena en costas".

SEGUNDO.- Contra dicha resolución preparó recurso de casación la Junta de Andalucía, que la Sala de Granada tuvo por preparado por decreto de 18 de septiembre de 2014, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a esta Sala del Tribunal Supremo.



TERCERO.- Por escrito presentado el 27 de noviembre de 2014, la letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que legalmente ostenta, interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó oportunos, solicitó a la Sala que dicte sentencia que

"Ordene retrotraer el proceso al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta denunciad(a) en el Motivo Primero de este escrito, al amparo del artículo 95.2.c) de la LJCA . Subsidiariamente, se case y anule (la) Sentencia citada del TSJA, ex artículo 95.2.d) de la LJCA , y se resuelva el debate confirmando la legalidad de la resolución originariamente impugnada en la instancia (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 29 de julio de 2008) por infringir la Sentencia impugnada las normas reguladoras de la Sentencia y el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicables, al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA y por el resto de los Motivos segundo, tercero y cuarto de este escrito".

CUARTO.- Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, conforme a las reglas de reparto de asuntos. Recibidas, por diligencia de ordenación de 19 de febrero de 2015 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida para que formalizara su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, el procurador don José Carlos García Rodríguez, en representación de GRANADA AZUL TV, S.L., se opuso al recurso por escrito registrado el 24 de marzo de 2015 en el que solicitó a la Sala que

"previos los trámites preceptivos, dicte Sentencia, por la que, declarando no haber lugar al mismo y confirmando todos los extremos la Sentencia de instancia; acuerde imponer al recurrente las costas procesales".

SEXTO.- Mediante providencia de 12 de mayo de 2015 se señaló para la votación y fallo el día 25 de los corrientes y se designó como ponente al magistrado Excmo. Sr. don Nicolas Maurandi Guillen.

Por otra providencia del pasado día 2 se rectificó el error padecido en la designación y se asignó la ponencia al Excmo. Sr. don Pablo Lucas Murillo de la Cueva.

SÉPTIMO.- En la fecha acordada, 25 de noviembre de 2015, han tenido lugar la deliberación y fallo del presente procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva** , Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Granada Azul TV, S.L. impugnó el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 29 de julio de 2008 que resolvió el concurso convocado por el de 18 de abril de 2006 para adjudicar concesiones de explotación del servicio público de televisión digital terrestre en el ámbito local en Andalucía. La recurrente, que participó en el concurso y aspiraba a una concesión en la demarcación de Granada, sostuvo en su demanda que resultaron indebidamente adjudicatarias en ese ámbito tres empresas –Alternativas de Medios Audiovisuales, S.A., Green Publicidad y Medios, S.A. y Alhambra Radio y Televisión, S.L.– y que ella tenía derecho a obtener la concesión. Por eso, pidió que se anulara la adjudicación y se declarara su derecho a la misma.

La sentencia contra la que recurre en casación la Junta de Andalucía estimó en parte el recurso contencioso-administrativo de Granada Azul, TV. S.L., anuló el acuerdo impugnado pero no declaró el derecho de la actora a obtener la concesión.

La estimación parcial obedeció a que por una sentencia anterior ya firme –la de 16 de julio de 2007 (recurso 1742/2006)– la Sala de Granada había anulado varias bases del acuerdo de convocatoria. Anulación que traía causa de la dispuesta por otra anterior –de 11 de junio de 2007 (recurso 1159/2006), confirmada por la de la Sección Tercera de esta Sala de 16 de junio de 2010 (casación 4181/2007)– de varias disposiciones del Decreto 1/2006, de 10 de enero, por el que se regula el régimen jurídico de las televisiones locales por ondas terrestres en Andalucía.

Antes de llegar al fallo indicado, la sentencia explica que la demanda combatía diversos extremos que venían determinados por la convocatoria o por el pliego de condiciones administrativas particulares, los cuales no fueron impugnados por Granada Azul TV, S.L. Por eso, rechaza en esos puntos el recurso contencioso-administrativo. No obstante, en cuanto a los demás dice que no puede ignorar que, por razón de la mencionada sentencia de 11 de julio de 2007 (recurso 1742/2006) , ese pliego no gozaba de plena validez cuando tuvo lugar el concurso, ya que se habían anulado los apartados 1, 3.2 y 4 de la base 7, así como las bases 20.2, 25 y 29 y tal circunstancia determinaba la nulidad del acuerdo de adjudicación objeto del recurso contencioso-administrativo.

Ahora bien, la sentencia añadirá seguidamente las siguientes conclusiones sobre aspectos no referidos propiamente a la fase de valoración de los méritos de los concursantes sino a su admisión a la licitación.



Sobre Green Publicidad y Medios, S.A. dice que, de haber sido sancionada por infracción grave en materia social, como adujo la recurrente, ese extremo del que no hay constancia y que en todo caso habría sucedido después de la adjudicación, no implicaría para ella prohibición de contratar. Tampoco considera que hubiera irregularidad en la subsanación que hizo respecto de la garantía provisional requerida cuya constitución consta y dice que la falta de aportación de la declaración responsable de la entidad que concede los avales fue común a todos los licitadores de manera que no hubo arbitrariedad ni discriminación al respecto y que, en definitiva, se trataba de defectos subsanables. Asimismo, a propósito de los documentos acreditativos de su solvencia técnica que la demanda decía que no había presentado esta entidad, la sentencia observa que, requerida por la mesa de contratación al efecto, procedió a subsanar su falta. En fin, sobre la alegada en la demanda falsedad del certificado del órgano de gobierno sobre la composición y estructura del capital de Green Publicidad y Medios, S.A. apunta que el defecto indicado no tiene relevancia a efectos de la capacidad para contratar, pues aunque no se ajustara a la realidad a fecha de 13 de julio de 2006 sí lo hacía a partir del 7 de julio de 2007, es decir cuando se produce la adjudicación.

En cuanto a Alhambra Radio y Televisión, S.L. la sentencia observa que su objeto social, según sus estatutos, no era ajeno a la explotación del servicio público de televisión. Y en cuanto a Alternativas de Medios Audiovisuales, S.L. cuya solvencia económica negaba la recurrente, la sentencia señala que, requerida para aportar sus cuentas anuales, la cifra global de negocio en los tres últimos años o acreditación de solvencia de otra empresa con compromiso de cesión a ella, consta que fue aportada la documentación correspondiente de modo que no había razón para entender incierta o inveraz la apreciación de la mesa de contratación sobre esta cuestión.

SEGUNDO.- La Junta de Andalucía ha interpuesto cuatro motivos de casación. Los tres primeros se acogen al apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y el cuarto a su apartado d). Consiste cada uno de ellos en lo que, a continuación, resumimos.

(1º) La recurrente afirma que la sentencia ha infringido los artículos 33.2 y 65.2 de la Ley de la Jurisdicción por vulnerar el principio de contradicción y causarle la indefensión que proscribe el artículo 24 de la Constitución pues basa de modo exclusivo su fallo estimatorio en la sentencia de 17 de julio de 2007 (recurso 1742/2006) sin haber dado audiencia a las partes sobre su incidencia en este litigio. Afirma, en este sentido, 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 e invoca en apoyo de este argumento las sentencias de 27 de noviembre de 2013, 19 de julio de 2013 y 29 de noviembre de 2013. Por eso, concluye afirmando que debemos acordar la retroacción de actuaciones para que la Sala de instancia someta la cuestión a las partes y resuelva en consecuencia.

(2º) La Junta de Andalucía considera, además, que la sentencia incurre en incongruencia por exceso y que carece de la necesaria motivación. Se refiere a que, al rechazar todos los vicios de nulidad que denunciaba la recurrente en la instancia, vinculados exclusivamente a la nulidad de la convocatoria y del pliego y a la admisibilidad de las adjudicatarias al concurso, *inaudita parte* cambia el *thema decidendi* y termina estimando el recurso sobre la base de un pronunciamiento judicial. Es decir, resuelve cuestiones ajenas al debate con el subsiguiente desajuste entre la controversia y la decisión adoptada y lo hace sin ofrecer las explicaciones debidas.

(3º) El tercer motivo de casación reprocha a la sentencia nuevamente falta de motivación y de congruencia y causar indefensión a la Junta de Andalucía 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 Televisión Digital Terrestre en el ámbito local influía en el acuerdo de adjudicación y determinaba en consecuencia su nulidad.

(4º) En último lugar, la recurrente reprocha a la sentencia la infracción del artículo 24 de la Constitución pues una sentencia firme de la misma Sala y Sección de Granada había resuelto un supuesto idéntico desestimando el recurso contencioso-administrativo. Se refiere la Junta de Andalucía a la sentencia nº 741, de 17 de marzo de 2014 (recurso 2238/2008).

TERCERO .- Granada Azul TV, S.L. se ha opuesto a este recurso de casación. Ante todo, propugna su inadmisibilidad porque, a su entender, carece manifiestamente de fundamento y pretende replantear el litigio como si de un recurso de apelación se tratara.

Ya a cada uno de los motivos de casación objeto, cuanto en síntesis, vamos a recoger.

Al primero, opone que la sentencia no ha alterado las pretensiones de las partes. El cambio no ha sido de pretensión sino de fundamentación jurídica, lo que no constituye cuestión nueva. Añade que la Administración andaluza pretende obtener ventaja de las irregularidades en que incurrió pues a eso conduce hacer valer una adjudicación efectuada en virtud de unas bases parcialmente anuladas. Y, tras reiterar que no ha habido cambio



de pretensión, para lo que recuerda el suplico de la demanda, trae a colación la jurisprudencia según la cual no es preciso oír a las partes cuando de lo que se trata solamente es de una modificación de la fundamentación jurídica.

Al segundo motivo opone que la sentencia no ha dado más de lo que se pidió.

El tercero de los motivos de casación lo considera Granada Azul TV, S.L. vacío de contenido y de argumentación. Explica al respecto que carece de sentido que un mismo tribunal de justicia resuelva de manera diferente sobre una misma cuestión.

Y al cuarto y último motivo opone que no hay identidad entre la controversia suscitada en este proceso y la que resolvió la sentencia de la Sala de Granada nº 741/2014. Para ponerlo de relieve transcribe el suplico de las respectivas demandas y observa que los motivos en los que descansan las pretensiones de la allí recurrente –Telelínea Local, S.A.– son distintos de los que argumentó Granada Azul, T.V. S.L. en este pleito.

CUARTO.- La Sala ha examinado en la misma fecha otro recurso de casación de la Junta de Andalucía de contenido idéntico a éste salvo en lo relativo al recurrente y a la demarcación: el que lleva el número 3306/2014. Por tanto, por razones elementales de igualdad en la aplicación de la Ley seguimos en ambos casos el mismo criterio, el cual nos conduce a la desestimación de las pretensiones de la recurrente y, a la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

En primer lugar, debemos rechazar que concurra la causa de inadmisibilidad alegada por la recurrida. El recurso de casación de la Junta de Andalucía no se dirige a replantear el pleito. Los motivos que ha interpuesto, tal como se aprecia a la vista del resumen que de ellos hemos hecho, se encaminan a poner de relieve la indefensión que, dice, le ha supuesto que la sentencia descansa en otra anterior sobre la que no se le dio audiencia y que siga una solución distinta a la de otra sentencia también anterior a la recurrida de la misma Sala y Sección, dictada en un asunto, para la Junta de Andalucía, idéntico a éste. Parece claro que en tales quejas no hay replanteamiento alguno del pleito sino imputación a la sentencia de unos defectos originados por la forma en que resuelve el litigio.

No se da, pues, la causa de inadmisibilidad invocada.

QUINTO.- Ahora bien, el recurso de casación no puede prosperar porque la sentencia contra la que se dirige no incurre en las infracciones que denuncian esos cuatro motivos, según vamos a ver.

(1º) La exigencia de juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas por ellas para fundamentar sus pretensiones se encuentra plasmada en el artículo 33 de la Ley de Jurisdicción en relación con su artículo 65.2. Su cumplimiento obliga a la Sala a someter a las partes los nuevos motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición. Tal prescripción se encamina a preservar el principio de contradicción como eje esencial del proceso y evitar la incongruencia por exceso.

Ciertamente, aquí la Sala no la ha cumplido mas esa omisión no ha comportado indefensión material alguna para la Junta de Andalucía. Debemos subrayar en este sentido que la sentencia anulatoria de las bases en que se apoya la Sala de instancia para resolver el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Granada Azul TV, S.L. devino firme con anterioridad al pronunciamiento de la aquí cuestionada y que la Junta de Andalucía fue parte en el proceso en el que se dictó, de manera que conocía su contenido. Por eso, una eventual retroacción de las actuaciones para darle traslado de los motivos en que se apoyó dicha sentencia, resulta absolutamente irrelevante.

(2º) y (3º) Para enjuiciar los motivos segundo y tercero debemos remitirnos, en primer lugar, a nuestra sentencia de 11 de junio de 2014 (casación 4159/2012), fundamentos tercero y cuarto, en la que exponemos la doctrina general sobre la motivación judicial y el vicio de incongruencia. Ateniéndonos a ella, debemos decir que la sentencia ahora impugnada no incurre en ninguno de ambos vicios.

La motivación constituye una garantía esencial para el justiciable pues le permite comprobar que la decisión judicial es consecuencia de la aplicación razonada del ordenamiento jurídico y no el fruto de la arbitrariedad, tal como observa la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2011 en su fundamento quinto. En este caso, es claro que la Sala de Granada ha expuesto ampliamente las razones por las que consideró procedente anular el acto impugnado ante ella.

De ahí que difícilmente pueda aducir la Junta de Andalucía que no conoce el criterio jurídico esencial que ampara el fallo cuestionado y le ha llevado a anular la adjudicación de las concesiones. En efecto, según hemos visto, la sentencia descansa en la precedente de 16 de julio de 2007 (recurso 1742/2006), la cual, a su vez, trae causa de la de 11 de junio de 2007 (recurso 1159/2006), también dictada en un proceso en el que fue parte la Junta de Andalucía. Discrepar de la incidencia de esos fallos anteriores en el que se debía pronunciar aquí constituiría, en su caso, un motivo de impugnación de fondo, mas no de quebrantamiento de forma.



Así, pues, la sentencia está suficientemente motivada y no es incongruente pues no hay incongruencia por exceso por resolver conforme a lo acordado en una sentencia anterior.

En definitiva, debemos desestimar estos motivos segundo y tercero.

(4º) También se impone la desestimación del cuarto y último motivo de casación.

Tal como explica Granada Azul TV, S.A., los motivos de impugnación formulados en su demanda por Teléfonía Local S.A. en el recurso 2238/2008 (falta de motivación de los informes que valoran y puntúan las ofertas técnicas; vulneración del artículo 67.4 b) del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, infracción del principio de igualdad de trato y del pluralismo informativo) y los alegados por ella misma en este proceso (entre ellos, nulidad de la adjudicación por ausencia de trámites esenciales para la válida celebración del concurso, invalidez de la adjudicación por concurrir prohibición de contratar respecto de Green Publicidad y Medios, S. A., improcedente admisión de licitadores que no cumplen los requisitos para participar en el procedimiento administrativo, invalidez de los criterios de subsanación de las garantías provisionales) son diferentes. Por eso, no cabe apreciar la identidad a la que se refiere la Junta de Andalucía aunque en ambos casos se tratase del mismo concurso.

De todos modos, el motivo carece de la necesaria argumentación sobre la medida en que se habría producido la infracción del artículo 24 de la Constitución por haberse resuelto el recurso contencioso-administrativo que ha dado lugar a la sentencia aquí impugnada de manera distinta a la observada en el de Teléfonía Local, S.A. Y tiene razón Granada Azul TV, S.L. al afirmar que con la invocación del principio *iura novit curia* la Sala de instancia pudo traer a colación una sentencia que anula algunas de las bases de la convocatoria que incidían de modo directo en las puntuaciones otorgadas para proceder a la adjudicación del concurso.

SEXTO.- A tenor de lo establecido por el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción, procede imponer las costas a la parte recurrente pues no se aprecian razones que justifiquen no hacerlo. A tal efecto, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de ese precepto legal, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por todos los conceptos la de 6.000€. Para la fijación de la expresada cantidad se tienen en cuenta los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en razón de las circunstancias del asunto y de la dificultad que comporta.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

Que no ha lugar al recurso de casación nº 3332/2014 interpuesto por la Junta de Andalucía, contra la sentencia nº 1608, dictada el 2 de junio de 2014 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada y recaída en el recurso 491/2009, e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos jurídicos.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.