



Roj: **STS 5164/2012** - ECLI: **ES:TS:2012:5164**

Id Cendoj: **28079130072012100473**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **25/06/2012**

Nº de Recurso: **1850/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ ICAN 131/2010,**
STS 5164/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Junio de dos mil doce.

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 1850/2010, interpuesto, de una parte, por la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS, representada por la letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de dicha Comunidad, y, de otra, por la sociedad RADIO POPULAR, S.A., CADENA DE ONDAS POPULARES ESPAÑOLAS, representada por el procurador don Manuel Lanchares Larré, contra la sentencia nº 8, dictada el 15 de enero de 2010 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, recaída en el recurso nº 878/2007, sobre Decreto del Gobierno de Canarias 369/07, de 9 de octubre, por el que se adjudica la concesión para la explotación de dos canales digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito autonómico en régimen de gestión indirecta en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Se han personado, como recurridos, ANTENA 3 **TD**T DE CANARIAS, S.A.U., representada por el procurador don Manuel Lanchares Perlado, y EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A., representada por el procurador don Marcos Juan Calleja García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 878/2007, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, el 15 de enero de 2010 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"**FALLAMOS**

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de la mercantil Editorial Prensa Canaria contra la resolución del Gobierno de Canarias a que se refiere el antecedente primero del presente fallo (Decreto número 369/07 del Gobierno de Canarias de fecha 9 de octubre de 2.007, por el que se adjudicaron las concesiones para la explotación de dos canales digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito autonómico en régimen de gestión indirecta en la Comunidad Autónoma de Canarias), la cual declaramos no ajustada a derecho y anulamos, con retroacción de actuaciones para la subsanación de los defectos señalados en el citado acto administrativo. Ello sin imposición de costas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia anunciaron recurso de casación, de una parte, RADIO POPULAR, S.A. COPE y, de otra, el Gobierno de Canarias, que la Sala de Las Palmas tuvo por preparados por providencia de 1 de marzo de 2010, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.



TERCERO.- Por escrito presentado el 30 de marzo de 2010, el procurador don Manuel Lanchares Larré, por error dice Lanchares Perlado, en representación de radio RADIO POPULAR, S.A. COPE, interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó pertinentes, solicitó a la Sala que

"(...) tras la tramitación procesal procedente, la case y anule y, en su lugar, dicte otra en la que asumiendo los motivos de casación aducidos por mi mandante, desestime el recurso contencioso-administrativo formulado por EDITORIAL PRENSA CANARIA S.A.".

Por su parte, la letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en nombre y representación de la Administración Pública de su Comunidad Autónoma, formalizó el suyo por escrito de 12 de abril de 2010 en el que pidió sentencia por la que

"declarando haber lugar al presente recurso, case y anule la sentencia recurrida, y resuelva la desestimación, en todos sus términos, del recurso contencioso-administrativo interpuesto de contrario".

CUARTO.- Admitidos a trámite, se remitieron las actuaciones a la Sección Sexta y, por providencia de 16 de enero de 2011, se dio traslado de los escritos de interposición a las partes recurridas para que formalizaran su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, el procurador Sr. Lanchares Perlado, en representación de ANTENA 3 **TDT** DE CANARIAS, S.A.U., por escrito registrado el 11 de marzo de 2011, manifestó que

"analizando su fundamentación y los motivos planteados, esta representación no se opone a la estimación de los recursos presentados, entendiéndolo, por una parte, la plena conformidad a derecho del Decreto 369/2007, de 9 de octubre, por el que se adjudican las concesiones para la explotación de dos canales digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito autonómico, en régimen de gestión indirecta en la Comunidad Autónoma de Canarias, y entendiéndolo, por otra parte, que deben prosperar en cualquier caso los Motivos expresados en ambos recursos, tanto los Motivos de fondo en cuanto a la falta de motivación y congruencia de la sentencia y demás infracciones procesales, los Motivos formales relativos a la extemporaneidad del recurso y falta de acreditación de las facultades del órgano de administración para interposición del recurso".

Y el procurador Sr. Calleja García, en representación de EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A., en su escrito presentado, también, el día 11 de marzo del pasado año, se opuso conjuntamente a sendos recursos de casación, el formalizado por la Administración Autonómica y el de RADIO POPULAR, S.A. COPE, y, expuestas las alegaciones que consideró pertinentes, suplicó a la Sala que

"(...) desestime el mismo y confirme en todos sus términos la sentencia recurrida; todo ello con imposición de costas a las partes recurrentes".

Por providencia de 22 de marzo de 2011, no habiéndose presentado escrito por el procurador don Manuel Lanchares Larré y por el letrado de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias, dentro del término concedido para ello, se les tuvo por caducado el trámite.

El siguiente 28 de marzo, el Sr. Lanchares Larré, por error se dijo Sr. Lanchares Perlado, en representación de RADIO POPULAR, S.A. COPE, indicó que

"por esta parte se comparten íntegramente los argumentos de la recurrente y que mi mandante también ha interpuesto recurso de casación contra la referida sentencia, que se tramita con este mismo número, pidiendo que se case y anule y, en su lugar, se dicte otra en la que, asumiendo los motivos de casación aducidos por mi mandante, desestime el recurso contencioso-administrativo formulado por EDITORIAL PRENSA CANARIA S.A.".

SEXTO.- De conformidad con las vigentes normas de reparto de asuntos entre las distintas Secciones de la Sala, se remitieron las actuaciones, en principio, a la Sección Cuarta y, posteriormente, a esta Sección Séptima y, mediante providencia de 22 de marzo de 2012 se señaló para la votación y fallo el día 6 de los corrientes.

SÉPTIMO.- En la fecha acordada se inició la deliberación y, dada la relación existente entre éste recurso de casación y el que lleva el número 717/2009, se continuó el siguiente día 20 y se fallaron ambos conjuntamente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria estimó en parte el recurso que EDITORIAL CANARIA, S.A. interpuso contra el Decreto del Gobierno de Canarias 369/2007, de 9 de octubre, por el que se adjudica la concesión para la explotación de dos canales digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito autonómico en régimen de gestión indirecta en la Comunidad Autónoma de Canarias a ANTENA 3 TELEVISIÓN



DIGITAL TERRESTRE DE CANARIAS S.A.U. y a RADIO POPULAR, S.A. COPE, respectivamente. La estimación fue parcial porque consistió en la anulación del indicado Decreto y en la retroacción del procedimiento para que se motivase adecuadamente la adjudicación.

La demanda sostenía que el informe con el que el Decreto impugnado justificó las adjudicaciones no permitía conocer las razones por las que las ofertas de las entidades que fueron adjudicatarias eran más ventajosas que las que fueron rechazadas. Asimismo, afirmaba que incurría en diversas contradicciones y, además, era reproducción literal en muchos aspectos del que sirvió de motivación a la adjudicación realizada mediante el Decreto 377/2007, de 16 de octubre, de la gestión indirecta de la televisión digital terrestre de ámbito insular y local que dio lugar al recurso nº 866/07, resuelto por sentencia de la misma Sala y Sección de 5 de diciembre de 2.008 en sentido favorable a las pretensiones de la allí recurrente.

Frente a ello, la Administración canaria, alegó la inadmisibilidad del recurso por su extemporaneidad ya que el recurso se interpuso el 21 de diciembre de 2007 pasados dos meses de la publicación del Decreto el 10 de octubre anterior. También adujo la falta de legitimación activa de la actora por no haber aportado certificación del órgano al que estatutariamente corresponde decidir la interposición del recurso. Y otro tanto hicieron las codemandadas. En cuanto al fondo, mantuvo que la adjudicación se hizo motivadamente según el informe emitido por DOXA CONSULTING GROUP.

La sentencia consideró admisible el recurso. Comprobó que, en efecto, se interpuso dentro del plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la notificación de las adjudicaciones. Por otro lado, no apreció falta de legitimación activa en la recurrente en virtud de las razones dadas por la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2006 .

Sobre el fondo dijo que

"es necesario citar la sentencia de esta Sala de fecha 5 de diciembre de 2.008 ya que, como afirma la recurrente, la postura sostenida en la misma en relación con el Decreto entonces impugnado, el 377/2007, de 16 de octubre, es absolutamente coincidente con el supuesto que ahora nos ocupa, basándose la Sala en la repetida sentencia en la consideración de que hubo una desnaturalización del cometido propio de la Mesa de contratación, citando la doctrina jurisprudencial que permite que la motivación de una resolución se haga bien directamente bien por referencia a informes o dictámenes obrantes en las actuaciones, pero para que esto último sea posible es necesario que tales informes provengan y sean emitidos por los órganos y en la forma que señalen las normas, lo que no ocurre en el acto recurrido, siendo obviamente inadmisibile que el repetido informe en el que se basa la Mesa de contratación introduzca factores de valoración que no constan en el pliego de condiciones, careciendo por tanto el informe litigioso de la rigurosidad y objetividad que le era exigible".

A lo que añadió:

"En definitiva, a tenor de lo expuesto resulta que el acto administrativo impugnado incurre en las deficiencias apuntadas por la demanda y que ya fueron estimadas por esta Sala en sentencia de fecha 5 de diciembre de 2.008 en caso análogo al presente, siendo por tanto aplicable el principio de unidad de doctrina, por lo que debe reputarse no ajustada a derecho la resolución impugnada, con estimación del presente recurso contencioso administrativo, si bien parcial ya que, como nuevamente señala la citada sentencia de 5 de diciembre de 2.008, no puede accederse a la pretensión de la actora de que se declare su derecho a resultar adjudicataria del concurso al no poder la Sala sustituir la discrecionalidad técnica de la administración por la suya propia, sin perjuicio de que el derecho a la tutela judicial efectiva permita un control externo de la decisión administrativa impugnada que no afecte al núcleo esencial de la misma".

SEGUNDO.- Los motivos de casación que RADIO POPULAR, S.A. COPE interpone contra esta sentencia son los tres que, a continuación, resumimos.

(1º) Falta de motivación suficiente, con infracción de los artículos 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , 24.1 y 120.3 de la Constitución . Este motivo lo interpone la actora conforme al apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción . Explica al desarrollarlo que la sentencia se remite por toda fundamentación a la dictada por la misma Sala y Sección de Las Palmas de Gran Canaria el 5 de diciembre de 2008 . No obstante, esta última se dictó en un recurso diferente contra un acto administrativo distinto y sucede que la ahora cuestionada omite cualquier referencia a las circunstancias específicas de este caso: no analiza la prueba, ni hace referencia alguna a las alegaciones de las partes o al contenido del Decreto. Y, si bien dice que el informe que sirve de motivación al Decreto es reproducción literal del que fundamentó la adjudicación efectuada por el Decreto 377/2007, no dice en cuáles difiere ni tampoco indica qué nuevos factores de valoración introduce ese informe respecto de los previstos en el pliego.

(2º) Infracción del artículo 81.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este motivo, al igual que el siguiente,



se interpone al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la jurisdicción . Explica la recurrente que el informe técnico se acoge escrupulosamente al Anexo IV del pliego sin introducir nuevos factores de valoración, como, sin embargo, dice la sentencia.

(3º) Infracción del artículo 9.3 de la Constitución y del artículo 54.2 de la Ley 30/1992 , de 26 de agosto, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En contra de lo que afirma la sentencia, el informe razona de manera suficiente y muchas veces de forma minuciosa las puntuaciones otorgadas a los licitadores en cada apartado en ejercicio de la discrecionalidad técnica de la Administración. Dice el motivo que las supuestas arbitrariedad y falta de motivación del informe son inexistentes y que la Administración decidió acudir al asesoramiento externo de DOXA CONSULTING GROUP, empresa que fue seleccionada al efecto por un procedimiento negociado respetando los principios de publicidad y concurrencia por considerarla la más cualificada.

TERCERO .- El Gobierno de Canarias, por su parte, dirige contra la sentencia trece motivos de casación, de los cuales el cuarto, el quinto y el sexto los interpone conforme al apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y los restantes conforme a su apartado d). Veamos, en síntesis, su contenido.

(1º) Infracción del artículo 69 e) de la Ley de la Jurisdicción porque el recurso debió ser inadmitido por extemporáneo.

(2º) Infracción por indebida aplicación del artículo 93 del Real Decreto Legislativo 2/2000 y del artículo 58 de la Ley 30/1992 . La sentencia no tiene en cuenta que el procedimiento de contratación y el pliego exigían la publicación de las adjudicaciones y que ésta se produjo en el Boletín Oficial de Canarias sin que la remisión que se hizo a la recurrente del acto de adjudicación tenga el carácter de notificación.

(3º) Infracción del artículo 69 b) de la Ley de la Jurisdicción porque el recurso era inadmisibile por haberse interpuesto por persona no legitimada. También infracción de la jurisprudencia aplicable. Señala el Gobierno de Canarias que no consta acreditado que el representante de la actora estaba expresamente facultado para interponer este recurso concreto y no basta con el apoderamiento genérico cuando el específico es negado, tal como sucede en este caso. Dice el motivo que ha de aplicarse la doctrina de la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de 5 de noviembre de 2008 (casación 4755/2005).

(4º) Incongruencia omisiva de la sentencia con infracción de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haber prescindido de los términos del debate procesal y por absoluta falta de motivación pues se limita a una simple remisión a una anterior sentencia de la Sala de instancia dictada en un recurso diferente contra un acto distinto y con diversa parte actora.

(5º) Incongruencia con infracción de los artículos 65.2 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción en relación con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Dice el Gobierno de Canarias que la sentencia resuelve el recurso en virtud de un argumento no alegado por las partes. La impugnación de la adjudicación descansaba en la falta de motivación de la adjudicación de las concesiones y en la indebida puntuación asignada a la recurrente. Sin embargo, prosigue, la sentencia a la que se remite la de instancia consideró decisiva la falta de justificación de la externalización del servicio de asesoramiento técnico y que no hubiera expediente de contratación.

(6º) Infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa consagrados en el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial con efectiva indefensión para el Gobierno de Canarias por haber dado por ciertos la sentencia hechos que ni siquiera resultaban de la documentación obrante en autos y por no ofrecerle la posibilidad de contradecirlos.

(7º) Infracción, por aplicación indebida, del artículo 9.3 de la Constitución pues no hubo arbitrariedad en la adjudicación de las concesiones. Recuerda aquí el Gobierno de Canarias que la coincidencia temporal en la tramitación de los concursos para la adjudicación de las concesiones de televisión digital terrestre de ámbito autonómico y de ámbito insular y local y que, al menos, en las primeras sesiones hubo coincidencia en los miembros de las respectivas mesas de contratación. Pues bien, explica que en el acta nº 1 del concurso autonómico quedó reflejada la necesidad de contar con asesoramiento especializado y que la selección de quien lo prestó se hizo por el procedimiento negociado, presentándose ofertas de tres empresas y adjudicándose a DOXA CONSULTING GROUP, que presentó el estudio más pormenorizado de los objetivos a cumplir. Por otro lado, dice que no entra en las facultades de la mesa de contratación decidir quién debe prestarle el asesoramiento técnico.

(8º) Infracción del artículo 81.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 porque la sentencia atribuye un significado equivocado a los informes en él previstos.

(9º) Infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia por negar que la adjudicación de las concesiones estuviera debidamente motivada y afirmar que no basta con que la mesa de contratación haga



suya la valoración de las ofertas realizada en el informe de DOXA CONSULTING GROUP. Y por no tener en cuenta que aquélla pidió a esta empresa aclaraciones sobre diversos extremos de su informe con lo que quedó de manifiesto que no hizo dejación de sus funciones.

(10º) Errónea calificación jurídica de la valoración probatoria realizada por la Sala de instancia sin apoyarse en pruebas suficientes. Además, al acoger los razonamientos de la otra sentencia interpreta equivocadamente el procedimiento seguido. Por otro lado, la sentencia parte de que la mesa de contratación desconocía la existencia del informe de referencia cuando lo cierto es que desde el principio tuvo conciencia de la complejidad técnica de la materia y de la necesidad de contar con un asesoramiento especializado. Mantener que la mesa desconocía esa necesidad y la tramitación del contrato de consultoría "no puede ser considerado sino una opinión del juzgador carente de rigor lógico". Y sostener que la selección de la empresa DOXA CONSULTING GROUP se hizo directamente por la Viceconsejería de Comunicación "es otra forma de tergiversar y dar por cierto lo que no son más que suspicacias y prejuicios, pues nada se probó porque no se discutió sobre la forma de selección de dicha empresa". Por eso, dice el Gobierno de Canarias que si la Sala tenía sospechas sobre el modo en que fue contratada, lo correcto hubiera sido plantear a las partes la cuestión. Además, critica el motivo los juicios de valor que hace la sentencia, se refiere a la dictada el 5 de diciembre de 2008, sobre la solvencia profesional de esa empresa y sobre su independencia.

(11º) Infracción de la jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica de la Administración en la adjudicación de los contratos administrativos pues la realizada se fundamentó en el informe técnico de la empresa contratada al efecto, el cual se ajustó en todo momento a los criterios establecidos en el pliego.

(12º) Infracción de los artículos 49 y 86 del Real Decreto Legislativo 2/2000 y de la jurisprudencia que considera al pliego la ley del contrato.

(13º) Infracción del artículo 9.3 de la Constitución porque la sentencia incurre en arbitrariedad cuando fundamenta su fallo en la imputación al Gobierno de Canarias de una actuación arbitraria a partir de sospechas infundadas, basadas en juicios de valor y graves imputaciones, sin disponer de mínimos elementos de convicción.

CUARTO.- EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A. se ha opuesto a estos recursos de casación.

Precisa, en primer lugar, que los términos del debate casacional exigen que los reproches deban dirigirse a la sentencia objeto del recurso, en particular, a los razonamientos que le llevan al fallo. Y, en este caso, prosigue, la *ratio decidendi* es doble: por una parte, el proceder de la mesa de contratación consistente en hacer suya indebidamente la opinión de un tercero sin haberla pedido y sin realizar un juicio crítico del mismo; y, por la otra, el contenido interno de la motivación, que ni es rigurosa ni objetiva y valorar criterios no recogidos en el pliego que rige la contratación. Ambos argumentos concurren conjuntamente, dice, por lo que el recurso de casación, para prosperar, ha de desvirtuar ambas razones.

A continuación se refiere a los motivos del recurso del Gobierno de Canarias y los agrupa en torno a los siguientes ejes:

(a) La inadmisibilidad. El recurso se interpuso en plazo porque no habían transcurrido dos meses desde el día siguiente al que recibió la notificación de la adjudicación de las concesiones. La sentencia resolvió correctamente al respecto porque la publicación del artículo 93 del Real Decreto Legislativo 2/2000 no es sustitutiva de la notificación y porque, en cualquier caso, la Administración notificó singularmente el acto de manera que no puede desconocerlo a efectos impugnatorios. Además, recuerda que probó en la instancia, en conclusiones, que las notificaciones individuales las recibió, la primera el 22 de octubre de 2007 y la segunda –que no consta en el expediente– después del 2 de noviembre de 2007 en que tuvo salida. Por lo demás, niega que la notificación se hiciera por la devolución de la garantía.

En cuanto a la falta de certificación del acuerdo adoptado por el órgano competente para interponer este recurso, además de decir que el criterio acogido por la sentencia del Pleno de esta Sala Tercera de 5 de noviembre de 2008 (casación 4735/2005) ha sido dulcificado en sentencias posteriores, recuerda que, en conclusiones, aportó los documentos de designación del consejero delegado de EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A. en los que consta que en él están delegadas las facultades de administración y que, entre las facultades delegadas, está la de iniciar acciones judiciales.

(b) En cuanto a la motivación de la sentencia niega que padezca de incongruencia omisiva porque existe una total y absoluta coherencia entre las pretensiones de las partes y el fallo. Además, la sentencia cuenta con la motivación necesaria: expone las razones que le llevan a él y no se limita a una simple remisión a la de 5 de diciembre de 2008 pues abunda en sus razonamientos, los cuales fueron conocidos por las partes pues se aportó a las actuaciones y tienen que ver con la actuación de la mesa de contratación y con el contenido interno del informe en que descansa la adjudicación. Asimismo, resalta la identidad existente entre este proceso y



el de la citada sentencia. El acto impugnado supone el ejercicio de una potestad de idéntica naturaleza: la adjudicación de concesiones de televisión digital terrestre sin más diferencia que el ámbito territorial de la misma. La adjudicación la hace el mismo órgano, el Consejo de Gobierno, siguiendo el mismo procedimiento. En ambos casos asesoró DOXA CONSULTING GROUP y en ambos casos su informe, que supuso la íntegra motivación, fue pedido antes de que se constituyera la mesa de contratación y no mereció juicio crítico alguno por parte de ésta. Los criterios de baremación eran los mismos y los informes correspondientes eran reproducción uno de otro con pequeñas variaciones. Y, aunque las partes son distintas EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A. tiene la totalidad del capital social de LA OPINIÓN DE TENERIFE, S.L.U. Estas circunstancias y el que la Sala de instancia haya dictado sentencias posteriores que confirman lo que se acaba de decir ratifica la sustancial identidad entre los casos. De igual modo, subraya el escrito de oposición, que en conclusiones ya se planteó dicha identidad y se pidió prueba al respecto.

(c) Sobre la utilización para el fallo de un argumento no ofrecido por la recurrente, recuerda la recurrida que el proceder de la mesa de contratación no fue el único motivo que la sentencia tuvo presente para anular el Decreto recurrido pues la Sala de instancia apreció defectos internos en la motivación. Además, la sentencia de 5 de diciembre de 2008 se introdujo en el proceso tan pronto como se conoció. Por lo demás, observa que la demanda no discutía la posibilidad de que la mesa de contratación se sirva de informes externos y que el fallo parcialmente estimatorio se debe a que la sentencia echa a faltar la motivación necesaria pues esa mesa siguió un parecer ajeno, de un sujeto externo a la Administración, sin emitir ningún juicio crítico sobre su informe. Y, ya en conclusiones, continúa el escrito de oposición, se criticó la desnaturalización de las funciones de la mesa de contratación. Insiste en que se le reprochó que hiciera suyo inequívoca e unívocamente un informe de un tercero ajeno a la Administración sin motivación alguna y en que de todo ello tuvieron conocimiento los ahora recurrentes en casación.

(d) Sobre la infracción de los preceptos en los que la Administración avala la conformidad a Derecho de su proceder, EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A. nos dice cuanto sigue (i) la ausencia de motivación de un acto administrativo le convierte en arbitrario por lo que se deben rechazar los motivos séptimo y décimo tercero; (ii) tampoco se ha infringido el artículo 81 del Real Decreto Legislativo 2/2000 porque no se ha negado la facultad de la mesa de contratación de servirse de informes; (iii) una cosa es asesorar a la Administración y otra distinta formar su voluntad; (iv) no hay infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992 porque la actuación impugnada carece de motivación válida; (v) el décimo motivo pretende una nueva valoración de la prueba, improcedente en casación, salvo que sea irrazonable la efectuada en la instancia, cosa que no sucede; (vii) la discrecionalidad técnica de la Administración está sujeta a control jurisdiccional el cual se efectúa, entre otros medios, a través de examen de su motivación; (viii) precisamente porque el pliego es la ley del contrato, la sentencia recurrida anuló el Decreto impugnado.

Al recurso de casación de RADIO POPULAR, S.A. COPE opone que (a) en contra de lo afirmado por la recurrente, sí ha puesto de manifiesto la identidad existente entre los procesos a que dieron lugar los recursos contencioso-administrativos 866/2007 y 878/2007 y, además, la recurrente no puede alegar indefensión porque la sentencia dictada en el primero el 5 de diciembre de 2008 fue invocada y aportada en la instancia; (b) la mesa de contratación puede interesar el informe de un tercero pero en este caso no fue ella quien pidió el del DOXA CONSULTING GROUP –el cual, por otro lado, se solicitó antes de que hubiera terminado el plazo de presentación de ofertas– y no puede sin explicar las razones para ello hacerlo suyo simplemente; (c) la discrecionalidad técnica no ampara actuaciones arbitrarias.

QUINTO.- Antes de entrar en el examen de los motivos que hemos resumido y de la oposición que han suscitado debemos poner de manifiesto la clara identidad existente entre este recurso de casación y el que lleva el número 717/2009. Por eso, los hemos deliberado, según se recoge en los antecedentes, simultáneamente. Al fin y al cabo, la sentencia a la que se remite la que aquí es objeto de los recursos de casación, ha sido enjuiciada por la Sala en el mencionado recurso 717/2009, como éste interpuesto también por el Gobierno de Canarias, el cual hace valer, salvo los relativos a la extemporaneidad y a la legitimación, idénticos motivos de casación aquí y allí.

Por otro lado, en el origen de estos dos procesos se hallan las impugnaciones por empresas de comunicación cuyo capital, según se nos ha dicho, está en las mismas manos, de las adjudicaciones realizadas por el Gobierno de Canarias, en virtud de propuestas de las mesas de contratación que asumieron en todo sin ofrecer justificación alguna al respecto la valoración efectuada por DOXA CONSULTING GROUP. Valoración que se ha demostrado sustancialmente igual a pesar de que en un caso se tratara de concesiones de ámbito insular y local y en el otro, en el que ahora nos ocupa, de ámbito autonómico. Identidad revelada, asimismo, por el hecho de que la mayoría de los trece motivos de casación del Gobierno de Canarias sean exactamente los mismos que interpuso contra la sentencia de 5 de diciembre de 2008.

Todo esto significa, naturalmente, que la respuesta ha de ser la misma en ambos casos.



SEXTO.- Aclarado este extremo, examinaremos, en primer lugar, los **motivos de casación interpuestos por RADIO POPULAR, S.A., COPE** .

(1º) De cuanto acabamos de decir resulta que carecen de razón las consideraciones que hace sobre la falta de identidad entre el presente proceso y aquél en el que la Sección Primera de la Sala de Las Palmas de Gran Canaria dictó la sentencia de 5 de diciembre de 2008 . Por otro lado, esta resolución fue efectivamente aportada a este proceso en la fase de conclusiones por EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A. al tiempo que explicaba por qué el criterio seguido en ella debía aplicarse también en este caso. En estas circunstancias los reproches sobre la falta de motivación que RADIO POPULAR, S.A. COPE imputa a la sentencia de 15 de enero de 2010 , no pueden prosperar. Es menester tener en cuenta, además, que no se limita a remitirse a la anterior de 5 de diciembre de 2008 sino que resume los vicios que advierte en la motivación de las adjudicaciones aquí combatidas. Por tanto, no sólo no padece la sentencia de falta o insuficiencia de motivación sino que RADIO POPULAR, S.A., no ha sufrido indefensión porque ha conocido las razones que llevaron al fallo.

(2º) La sentencia no ha infringido el artículo 81.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 porque no niega, ni lo hizo la de 5 de diciembre de 2008, la posibilidad de que la mesa de contratación se valga de informes o asesoramientos especializados. Lo que discuten ambas es que la mesa de contratación haga suyo, sin juicio ni razonamiento alguno, el informe de un tercero ajeno a la Administración, contratado por la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios antes de que finalizara el plazo de presentación de solicitudes, que adolece de inconsistencias y aplica criterios no previstos en el pliego.

(3º) Tampoco ha infringido la sentencia el artículo 9.3 de la Constitución porque, efectivamente, una decisión discrecional como la que en este caso tomó la Administración canaria ha de contar, según el artículo 54 de la Ley 30/1992 , con motivación suficiente de manera que su falta la convierte en arbitraria. Tal como se puso de manifiesto en el proceso originado por el recurso contencioso-administrativo 866/2007, el informe de DOXA CONSULTING GROUP incurre en la misma asignación de puntuaciones de forma ilógica.

En efecto, en ambos casos estamos ante adjudicaciones realizadas por una escasa diferencia de puntos (dos entre RADIO POPULAR, S.A. COPE y EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A. y trece entre esta última y ANTENA 3 TV, de un total de 500) y en ambos casos en la valoración de la programación nos encontramos con que el informe de DOXA CONSULTING GROUP asigna menos puntos a una oferta --aquí la de EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A. y allí LA OPINIÓN DE TENERIFE, S.L.U.-- a pesar de que su oferta sea igual o superior a la de otras licitadoras. Así sucede con "Fomento de la cultura y valores propios de la Comunidad Canaria", "Producción de programas", "Plan de Servicios Digitales Adicionales". Y por lo que respecta al factor "Mayor tiempo de espacios informativos y de actualidad relacionados con el ámbito territorial de las demarcaciones" solamente le da dos puntos de ventaja a EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A. sobre RADIO POPULAR, S.A. COPE y cuatro respecto de ANTENA 3 TV pese a que los minutos de informativos eran de 2.176 (EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A.) frente a 1.476 y 600 de las otras dos licitadoras.

SÉPTIMO.- La mayor parte de los **motivos dirigidos contra la sentencia por el Gobierno de Canarias** , son los mismos que han sido ya rechazados en el recurso de casación 717/2009 . Son nuevos los que combaten la admisibilidad del recurso contencioso- administrativo y la legitimación de EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A.

El **primero y el segundo** atacan la admisión del recurso contencioso-administrativo, extemporáneo para el Gobierno de Canarias por haberse interpuesto transcurrido el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la publicación oficial del Decreto que dispuso las adjudicaciones, y por negar el carácter de notificación a las comunicaciones dirigidas a EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A.

Ciertamente, se produjo la publicación de las adjudicaciones y, respecto de la fecha en que tuvo lugar, el recurso sería extemporáneo. No obstante, el Gobierno de Canarias remitió el 11 de octubre de 2007, con recepción el 23 siguiente, a EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A. la certificación del acuerdo del Consejo de Gobierno del 9 anterior que adjudicó las concesiones. Acuerdo en el que se hacía indicación de los recursos que contra el mismo cabían. Por tanto, la Sala de Las Palmas de Gran Canaria obró correctamente al admitir el recurso porque la propia actuación de la Administración dio pie a ello. Y no hay infracción de los artículos 93 del Real Decreto Legislativo 2/2000 y 58 de la Ley 30/1992 porque la publicación a la que se refiere el primero no es sustitutiva de la notificación.

El **tercer motivo** ha de ser desestimado porque en el curso del proceso EDITORIAL PRENSA CANARIA, S.A. presentó los documentos que acreditaban que el recurrente, consejero delegado de la sociedad, era el órgano competente para tomar la decisión de recurrir. En este punto, debemos llamar la atención sobre la circunstancia de que, presentada en el recurso 866/2007 la misma causa de inadmisión y rechazada por la Sala de Las Palmas de Gran Canaria con los mismos argumentos que en este caso, el Gobierno de Canarias no combatió esa decisión en su recurso de casación 717/2009.



OCTAVO.- Cuanto hemos dicho sobre el primero de los motivos de RADIO POPULAR, S.A. COPE y, antes, en el fundamento quinto, basta para desestimar el **cuarto** con más razón, si cabe, toda vez que el Gobierno de Canarias fue parte en el proceso en que se dictó la sentencia de 5 de diciembre de 2008. Ni hay falta de motivación ni, desde luego, indefensión del ahora recurrente.

El **quinto motivo** coincide con el primero del recurso de casación 717/2009. Por tanto, lo rechazaremos con las mismas razones que rechazamos aquél que, en esencia, consisten en que entonces, como ahora, lo decisivo en el fallo fue, ante todo, la asunción acrítica por la mesa de contratación de un informe que adolecía de incoherencia en la asignación de puntuaciones en varios conceptos y siempre en perjuicio de la recurrente en la instancia. Asunción pasiva más llamativa a la vista de la escasa diferencia por la que se decidieron las adjudicaciones y de las circunstancias en que se emitió el informe en cuestión. Por tanto, no apreciamos la incongruencia denunciada ni, desde luego, la infracción de los artículos 65.2 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción en relación con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El **sexto motivo**, coincidente con el segundo del recurso 717/2009, debe desecharse porque los hechos principales que tiene presentes la sentencia son los que se acaban de indicar y resultan directamente del expediente y de las actuaciones. Y se debe recordar, en la medida en que entran en el proceso a través de las alegaciones de EDICIONES PRENSA CANARIA, S.A. y de la aportación por esta sociedad de la sentencia de 5 de diciembre de 2008, que el Gobierno de Canarias pudo combatirlos en la fase de conclusiones y si bien nos dice que no son ciertos, no niega, ni siquiera ahora, que en los extremos concretos antes indicados se produjeron asignaciones de puntos que perjudicaban a la recurrente en la instancia. Y tampoco niega la aceptación acrítica por la mesa de contratación del informe de DOXA CONSULTING GROUP, ni que ésta fue contratada por la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios. Es cierto, sin embargo, que aquí no consta que esta empresa utilizara criterios ajenos al pliego, como sí hizo, en el otro caso. No obstante, esa circunstancia, en la que ha de rectificarse a la sentencia, no quita para que lo demás sea cierto, de manera que el juicio final no varía.

El **séptimo motivo**, coincidente con el cuarto del recurso de casación 717/2009 ha de ser desestimado por las mismas razones que desestimamos este último:

"No vemos la infracción del artículo 9.3 de la Constitución que (...) achaca a la sentencia. La consecuencia de la falta de motivación advertida por aquella es la arbitrariedad de la actuación administrativa porque carece de justificación. Ya sea por las razones de olvido que apunta el escrito de interposición o de confusión ante la celebración de concursos simultáneos en el ámbito autonómico y en el insular y local. Lo cierto es que no consta que la mesa de contratación pidiera el parecer de DOXA CONSULTING GROUP y sí que se limitó a tomar en sus términos su informe".

El **octavo motivo** es el quinto del recurso 717/2009. Procede desestimarlo por lo que ya hemos dicho sobre el segundo de RADIO POPULAR, S.A. COPE y decimos en la sentencia dictada en esta fecha en ese otro proceso:

"Debemos descartar, igualmente, que se ha haya infringido el artículo 81.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000 (...). La sentencia no niega la facultad de la mesa de contratación de recabar informes técnicos especializados. Ni siquiera niega la posibilidad de pedirlos a entidades o a profesionales ajenos a la Administración. Lo único que hace es señalar, además de las incoherencias que advierte en las puntuaciones que asigna (...), la forma en que ese informe llega a la mesa de contratación y su aceptación acrítica por ésta. No se aprecia en esa secuencia qué infracción del precepto pudo haber cometido la sentencia".

El **noveno motivo**, sexto en el recurso 717/2009, debe decaer, además de por lo que hemos dicho sobre el tercero de RADIO POPULAR, S.A. COPE, por lo que dijimos para rechazar aquél:

"La sentencia se refiere a él y a que la jurisprudencia admite que la motivación de una resolución puede hacerse, bien directamente, bien por referencia a informes o dictámenes obrantes en las actuaciones si bien añade: "para que ello sea admisible, es necesario que tales informes provengan y sean emitidos por los órganos y en la forma que señalen las normas, lo que no ocurre en el acto recurrido". Y si bien tiene por suficiente lo anterior para estimar el recurso contencioso-administrativo, dado que la demanda refiere la falta de motivación a la adjudicación de los lotes antes identificados, la sentencia pasa a examinar la puntuación que llevó a ella desde el presupuesto ofrecido por el pliego de cláusulas administrativas particulares cuyo carácter de ley del contrato evoca.

No hay, pues, infracción de este precepto de la Ley 30/1992".

A lo que añadiremos que la petición de aclaraciones por parte de la mesa de contratación no es relevante desde el momento en que no explicó en absoluto por qué hizo suyo en sus términos el informe.

El **décimo motivo**, séptimo en el recurso 717/2009, debe seguir la misma suerte desestimatoria que éste por las mismas razones que dimos al respecto:



"(...) con independencia de que en casación no cabe, en principio, revisar la valoración de los hechos efectuada en la instancia, debemos decir que no advertimos el error que denuncia el Gobierno de Canarias, pues aunque la mesa de contratación fuera consciente de las dificultades técnicas que implicaba la valoración de las distintas ofertas y conviniera en la necesidad de contar con informes técnicos que la ilustraran, eso nada tiene que ver ni con las insuficiencias de motivación imputadas al informe de DOXA CONSULTING GROUP ni con el hecho de que la mesa lo aceptara e hiciera suyo en sus propios términos sin explicar por qué lo hacía".

No se trata, pues, de juicios de valor, ni de presunciones, sino de la asignación de puntuaciones en clara contradicción con la lógica sin ofrecer explicaciones razonables sobre el particular. Como hemos dicho, ésto es lo relevante, así como la aceptación acrítica del informe por la mesa de contratación. La forma en que fue seleccionada DOXA CONSULTING GROUP es un elemento adicional que agrava la falta de motivación indicada, pero no el decisivo.

El **undécimo motivo**, octavo en el recurso 717/2009, no puede prosperar porque, como dijimos sobre éste:

"(...) la sentencia no sólo no desconoce la discrecionalidad técnica que asiste a la Administración sino que parte, precisamente, de su reconocimiento. No obstante, en la medida en que las actuaciones discrecionales requieren de la motivación y que están sometidas al control jurisdiccional, una de cuyas líneas o frentes de fiscalización es, justamente, la relativa a la existencia y razonabilidad de esa motivación, la sentencia no incurre en infracción alguna por declarar contraria a Derecho dicha actuación discrecional por faltarle la necesaria motivación. Y, ciertamente, pone de manifiesto no sólo las circunstancias en las que se recabó y recibió el informe mencionado sino también las incoherencias que aprecia en la adjudicación de puntuaciones por varios conceptos, en el contexto de una adjudicación resuelta por muy escasa diferencia de puntos. Esta circunstancia hace que cobre más relevancia todavía la falta de explicaciones por parte de la mesa de contratación de su aceptación del informe de DOXA CONSULTING GROUP. Por otro lado, la propia sentencia explica que, precisamente, por ser la cuestionada una decisión discrecional, su fallo no puede sustituir la adoptada por la Administración. Por eso, se limita a anular la actuación recurrida y a retrotraer el procedimiento para que se resuelva motivadamente, conforme al pliego".

Además, han de darse por reproducidas las consideraciones que hemos hecho sobre el tercero de los motivos de RADIO POPULAR, S.A.

El **duodécimo motivo**, noveno en el recurso 717/2009, de ningún modo puede prosperar porque la sentencia a la que se remite la recurrida no desconoce que el pliego es la ley del contrato. Según hemos dicho allí:

"La sentencia no sólo no infringe el principio de que el pliego es la ley del contrato sino que lo afirma expresamente y apoya con la cita que hace al respecto del artículo 87.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en concordancia con lo establecido en el artículo 27 de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, y de la sentencia de fecha 3 de mayo de 2001. En tanto, el Gobierno de Canarias, obviamente, no sólo la admite sino que la esgrime como motivo de casación se impone no sólo rechazarlo sino también el undécimo. En efecto, la Sala de Las Palmas de Gran Canaria (...) exige que se apliquen razonable y razonadamente los criterios de valoración contenidos en el pliego, (...)".

El **último motivo**, décimo en el recurso 717/2009, debe ser desestimado, como todos los demás, porque no se da la infracción del artículo 9.3 de la Constitución que ahora reitera el Gobierno de Canarias. Al contrario de lo que sostiene, la sentencia no estima el recurso contencioso-administrativo en virtud de prejuicios, sospechas infundadas y juicios de valor, sino, repitámoslo una vez más, por las inconsistencias en la atribución de las puntuaciones en los aspectos antes expuestos y porque la mesa de contratación hizo suyo sin justificar por qué un informe de tales características.

NOVENO.- 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 honorarios de abogado de Editorial Prensa Canaria la de 5.000 €, sin perjuicio de su derecho a reclamar al cliente los que procedan. Para la fijación de la expresada cantidad tenemos en cuenta los criterios que seguimos habitualmente 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 1850/2010, interpuesto por el Gobierno de Canarias y Radio Popular, S.A. COPE contra la sentencia nº 878, dictada el 15 de enero de 2010, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria y recaída en el recurso nº 878/2007 , e imponemos a la parte recurrente las costas del recurso de casación en los términos señalados en el último de los fundamentos.

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 Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ