



Roj: **STS 446/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:446**

Id Cendoj: **28079130072016100046**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **10/02/2016**

Nº de Recurso: **3814/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3814/2014, interpuesto por la Comunidad Autónoma del País Vasco, representada por el procurador don Felipe Juanas Blanco, contra la sentencia nº 452, dictada el 14 de octubre de 2014 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, recaída en el recurso nº 213/2013, sobre resolución 1/2013, de 10 de enero, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento por la que se hizo público el acuerdo del Consejo de Gobierno Vasco de 11 de diciembre de 2012, en que se renunciaba por razones de interés público al concurso para otorgamiento de licencias para la prestación de servicios de comunicación radiofónica en ondas métricas con modulación de frecuencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Se ha personado, como recurrida, la compañía 2 MAS 2 PUBLICIDAD INTEGRAL, S.L., representada por el procurador don José Carlos García Rodríguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 213/2013, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el 14 de octubre de 2014 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO

QUE ESTIMAMOS EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA LORENA ELOSEGUI IBARNAVARRO EN REPRESENTACIÓN DE "2 MAS 2 PUBLICIDAD INTEGRAL, S.L." CONTRA LA RESOLUCIÓN 1/2013, DE 10 DE ENERO, DE LA SECRETARÍA DEL GOBIERNO Y DE RELACIONES CON EL PARLAMENTO, DISPONIENDO LA PUBLICACIÓN DEL ACUERDO DEL CONSEJO DE GOBIERNO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO DE 11 DE DICIEMBRE DE 2.012 POR LA QUE SE RENUNCIABA POR RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO AL CONCURSO DE OTORGAMIENTO DE LICENCIAS PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIÓN RADIOFÓNICA DE ONDAS MÉTRICAS CON MODULACIÓN DE FRECUENCIA EN LA C.A.P.V, Y DECLARAMOS DISCONFORME A DERECHO Y ANULAMOS DICHO ACUERDO Y RECONOCEMOS A LA PARTE ACTORA EL DERECHO A QUE, REPONIÉNDOSE LAS ACTUACIONES AL MOMENTO ANTERIOR AL DICTADO DE DICHA RESOLUCIÓN, SE PROCEDA A LA ADJUDICACIÓN DEFINITIVA A SU FAVOR DE LA LICENCIA PROPUESTA POR LA MESA DEL CONCURSO, CON IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA DEMANDADA».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia anunció recurso de casación la letrada de los Servicios Jurídicos Centrales de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que la Sala de Bilbao tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 7 de noviembre de 2014, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.



TERCERO.- Por escrito presentado el 10 de febrero de 2015, el procurador don Felipe Juanas Blanco, en representación de la Comunidad recurrente, interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó oportunos, suplicó a la Sala que,

«[...] estimando los motivos aducidos declare haber lugar al recurso interpuesto por esta parte contra la misma, casándola y declarando, en consecuencia, la disconformidad a derecho de la resolución administrativa que fue objeto del recurso contencioso-administrativo».

CUARTO.- Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, de conformidad con las normas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas, por diligencia de ordenación de 31 de marzo de 2015 se dio traslado del escrito de interposición a la recurrida para que formalizara su oposición.

SEXTO.- Evacuando el traslado conferido, el procurador don José Carlos García Rodríguez, en representación de 2 MAS 2 PUBLICIDAD INTEGRAL, S.L., se opuso al recurso por escrito registrado el 18 de mayo de 2015 en el que interesó a la Sala que

«dicte sentencia, por la que, declarando no haber lugar al mismo y confirmando todos los extremos (de) la Sentencia de instancia; acuerde imponer a la administración recurrente las costas procesales».

SÉPTIMO.- Mediante providencia de 12 de noviembre de 2015 se señaló para la votación y fallo el día 27 de enero de 2016, en que han tenido lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Consejo de Gobierno del País Vasco acordó el 11 de diciembre de 2012 renunciar, por razones de interés público, al concurso que había convocado para la adjudicación de licencias para la prestación de servicios de comunicación radiofónica en ondas métricas con modulación de frecuencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco, concurso convocado por él mismo en virtud de su acuerdo de 28 de febrero de 2012.

Las razones de interés público aducidas eran las siguientes:

«(...) las modificaciones de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, las decisiones del Consejo de Ministros que favorecen la concentración de medios en el sentido exactamente contrario al espíritu de las Bases del Concurso; la concentración de licitadores que afecta directamente a la valoración efectuada; el transcurso de más de 25 años desde el último concurso efectuado y la previsión en las bases de un plazo de concesión de licencias tan amplio como el de 15 años que le confiere una dimensión de naturaleza estratégica».

El concurso fue convocado por Orden de 29 de febrero de 2012 y, tal como se indica en el propio acuerdo de 11 de diciembre de 2012, el expediente se sustanció a través del procedimiento abierto y en el curso del mismo, la mesa de valoración propuso que se adjudicase una de las treinta y cuatro nuevas licencias a 2 MAS 2 PUBLICIDAD INTEGRAL, S.L.

Esta sociedad interpuso recurso contencioso-administrativo contra el indicado acuerdo de renuncia y la sentencia dictada por la Sala de Bilbao, ahora impugnada, falló a su favor y lo anuló además de reconocerle el derecho a que se le adjudicara definitivamente la licencia.

SEGUNDO.- Las razones principales en las que se asienta esa estimación consisten fundamentalmente en la consideración de que el régimen al que están sujetas estas licencias, el establecido en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, es incompatible con el establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Recuerda la sentencia que, según el artículo 22.1 de la Ley 7/2010, los servicios de comunicación audiovisual son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, de la pluralidad y de los valores democráticos. Y que quedan sujetos a comunicación fehaciente siempre que no se presten mediante ondas hercianas terrestres pues, en tal caso, necesitarán de licencia previa otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente. Asimismo, la sentencia deja constancia de que el artículo 24 define el objeto y contenido de la licencia: la concesión del uso privativo del dominio público radioeléctrico de conformidad con la planificación establecida por el Estado. Y de que el artículo 27 impone ofrecer simultáneamente todas las licencias disponibles de idéntica naturaleza e idéntico ámbito de cobertura. También refleja que este precepto

prescribe que, cuando haya quedado liberada una licencia única, deberá ser convocada en concurso en el plazo de tres meses. Además, el apartado quinto de este último precepto impone la convocatoria del concurso en ese plazo a contar desde vencimiento de licencias y dispone que, una vez transcurrido, cualquier interesado puede solicitar que se convoque y que esa solicitud comporta el deber de proceder a la convocatoria.

La sentencia prosigue recordando que el Decreto del País Vasco 231/2011, de 8 de noviembre, contiene disposiciones concordantes y remisorias a las anteriores, y que el artículo 27.1 de la Ley 7/2010 incluye una cláusula de remisión a efectos supletorios del siguiente tenor:

«1. Los concursos de otorgamiento de licencias para la prestación de servicios audiovisuales se regirán por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en lo no dispuesto por la presente Ley así como, en sus respectivos ámbitos de competencias, por lo previsto en la legislación autonómica de desarrollo».

Pues bien, con estos presupuestos normativos, la Sala de Bilbao afirma:

«(...) la dualidad de régimen de comunicación previa-licencia es patentemente antagónico e incompatible con la contratación administrativa, sus principios y postulados. Es de elemental definición que la licencia administrativa opera en el ámbito de las potestades de policía y limitación de derechos preestablecidos del administrado y que su emisión se incardina dentro de las potestades administrativas regladas a través de la verificación de los presupuestos previstos por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de aquel derecho. (...) la actividad prestadora de servicios de comunicación audiovisual por los particulares se halla liberalizada y (...) la razón de someterla ocasionalmente a régimen de licencia gravita esencialmente sobre la limitación natural del espacio radioeléctrico público y en modo alguno sobre apreciaciones discrecionales y de oportunidad del poder público sobre su legitimidad y conveniencia».

En consecuencia, añade:

«Y si esto es así, carece de todo predicamento que la Administración convocante del concurso –cuya necesidad de convocatoria misma ya hemos visto que es reglada y queda vinculada a la mera existencia de vacantes– invoque la aplicación al caso del artículo 155 del TR de la LCSP, que a lo que corresponde es a la renuncia a la perfección de contratos administrativos que, por razones tampoco confiadas a la apreciación administrativa, sino siempre fundadas en específicas, objetivas y motivadas razones de interés público, pueda resultar conforme a derecho».

Asimismo, dice que la cláusula del artículo 4.2 del TR de la LCSP "es ineficaz a la hora de (...) justificar la remisión al (...) artículo 155 en función de (...) [las] dudas o lagunas (...) pues la actividad desplegada por la Administración en torno a las licencias de comunicación audiovisual no se corresponde con tales negocios y contratos excluidos mencionados en el artículo 4.1 ni mantiene con ellos la menor analogía". Además, insiste en que ese artículo 155 distingue entre la renuncia a la perfección del contrato y el desistimiento del procedimiento, y exige para este último que concurra una infracción insubsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, lo que debe justificarse en el expediente, o sea, recalca la sentencia, por estrictas y regladas causas de vulneración de la legalidad que aquí no se han aducido ni justificado.

De ahí que concluya:

«En suma, el carácter reglado del concurso para la adjudicación de licencias y la naturaleza de éstas sólo posibilita un limitado control de legalidad sobre las solicitudes y sus aspirantes que la LGCA se encarga de describir de manera taxativa y terminante (...)».

A mayor abundamiento, la Sala de Bilbao afirma que las razones de interés público alegadas por el acuerdo recurrido para fundamentar la renuncia al concurso

«no se presentan ordenadamente como tales a través de un discurso motivador que las vertebrase y enlace, sino como un precipitado de ideas y enunciados dispares y hasta contradictorios con la idea de renuncia que, en ocasiones, se contraponen abiertamente a los postulados reglas legales básicas en la materia (...) y que no se relacionan directamente con las concretas y precisas facultades fiscalizadoras de los requisitos de los concursantes o de su capacidad que al poder público conciernen».

Y termina diciendo respecto de las modificaciones de la Ley 7/2010 por la Ley 6/2012 que

«se trata de algo tan indirecto que (...) no resulta posible tampoco establecer la menor relación entre esos contenidos legales y la figura de otorgamiento de licencias a los particulares en el ámbito de un concurso recayente en servicios liberalizados».



TERCERO .- El escrito de interposición dirige dos motivos de casación contra esta sentencia, ambos sustentados en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción .

(1º) El primero critica el juicio de la sentencia sobre la inaplicabilidad de los artículos 155.1, 2 y 3 en relación con el artículo 4.1 o) y 4.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011 . A este respecto, el motivo reprocha dos infracciones a la sentencia.

Una es no haber efectuado un análisis detenido de la regla de la supletoriedad del artículo 4.2. Considera el recurrente que la falta de remisión por la legislación específica a la general de contratos del sector público no es razón bastante para excluir la aplicabilidad a título supletorio de esta última. Y que es coherente con el silencio de la Ley 7/2010 a ese respecto mantener que dicho artículo 4.2 se extiende también al régimen de adjudicación de licencias de que ahora se trata.

Los argumentos que sostienen su tesis son: (i) el carácter general de la regla supletoria de ese precepto; (ii) la Ley 7/2010 no establece o no desarrolla las instituciones o las cuestiones jurídicas sobre las que debería aplicarse supletoriamente la Ley 33/2003; (iii) la omisión o vacío legislativo hace precisa la aplicación supletoria de otra norma; (iv) las previsiones del artículo 155 no contrarían el ordenamiento legal a suplir sino que son congruentes y respetuosas con él.

La segunda infracción que este motivo reprocha a la sentencia –y que considera de mayor importancia que la anterior– tiene que ver con la caracterización que hace la Sala de Bilbao del régimen de adjudicación de licencias que descansa en la Ley 7/2010. Para el recurrente, esos rasgos no excluyen la aplicabilidad, vía artículo 4.2, de las previsiones del Real Decreto Legislativo 3/2011 . La supletoriedad que defiende, precisa, se refiere únicamente a los aspectos que no han sido regulados ni por las bases ni por la legislación específica. Asimismo, observa que la taxatividad de la Ley 7/2010 solamente opera una vez constituidas las licencias y en poder de sus titulares, es decir cuando se ha superado la fase de adjudicación. De ahí que tenga por equivocada la interpretación efectuada por la sentencia pues impide amparar jurídicamente un determinado aspecto específico enmarcado en el procedimiento de adjudicación de una licitación con concurrencia competitiva.

Apunta, además, que las cláusulas incluidas en las bases por el órgano de contratación incluyen numerosas condiciones impuestas por el órgano de contratación las cuales influyen de manera concluyente en la resolución de la adjudicación de las licencias y responden a un modelo radiofónico singular y diferente en Euskadi que no está exento de razones de interés público que en un momento determinado podrían aconsejar la renuncia al resultado provisional obtenido.

En fin, este motivo termina señalando que la concesión de uso privativo del dominio público, en general, y del radioeléctrico, en particular, implica una relación jurídica bilateral en el que son legítimas las remisiones a la legislación contractual.

(2º) Este otro motivo de casación combate las apreciaciones de la sentencia sobre la motivación del acuerdo recurrido y, en particular, sobre la existencia de razones de interés público justificadoras de la renuncia acordada por el Consejo de Gobierno.

CUARTO.- 2 MAS 2 PUBLICIDAD INTEGRAL, S.L. se ha opuesto a estos motivos de casación.

Frente al primero nos dice que la sentencia ha realizado un fundamento razonado para llegar a las conclusiones del fallo y rechaza lo alegado por el recurrente sobre la falta de análisis que aquejaría a aquélla. Observa, en este sentido, que desgana el régimen de la Ley 7/2010 y va recogiendo el desarrollo argumental que lleva a cabo la Sala de Bilbao. A partir de aquí, nos dice que su sentencia ha apreciado correctamente la invalidez de la renuncia del concurso por no ser aplicable, en virtud del artículo 4, el artículo 155, ambos del Real Decreto Legislativo 3/2011 . Aquí explica la recurrida que la aplicación supletoria es inviable por la despublicación del servicio. Esa circunstancia, prosigue, hace incompatible el régimen de licencias con el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público e impide asociar el concurso para adjudicarlas con el negocio contemplado en el artículo 4.1 o). Y es que no hay identidad mimética entre ambos ordenamientos que haga posible aplicar la renuncia: las estructuras procedimentales son sustancialmente diferentes. Por otro lado, afirma, las normas que el recurrente pretende que se apliquen supletoriamente para amparar la renuncia son contrarias al ordenamiento a suplir y la ausencia de adjudicación no está contemplada en casos como éste. Además, continúa, consta la voluntad expresa del legislador de excluir la aplicación de las normas sobre contratación administrativa en materia de adjudicación de las licencias contempladas por la Ley 7/2010, al margen de que el carácter reglado de la licencia impide las apreciaciones discrecionales.

Objeta al segundo motivo de casación que la sentencia ha interpretado correctamente el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , al juzgar que la Administración no ha motivado debidamente un acto que pone fin a un procedimiento de concurrencia competitiva. Así, tras calificar como esclarecedor el fallo, dice que la sentencia



ha acreditado el carácter genérico y descontextualizado de la justificación ofrecida para fundamentar la renuncia y que son inapropiadas e injustificadas las causas de interés público esgrimidas.

QUINTO.- El examen de los motivos que hemos resumido lleva a la conclusión de que el recurso de casación no puede prosperar ya que la sentencia no incurre en las infracciones que le atribuyen, según vamos a ver.

Comenzando por el segundo motivo, hemos de decir que se ocupa, no de los argumentos que llevan al fallo estimatorio, sino de razones ofrecidas por la Sala de Bilbao a mayor abundamiento. Dado que no se ha discutido su admisibilidad no haremos ahora cuestión de su procedencia. No obstante, nos parece clara su falta de fundamento. Frente a una decisión concreta, la adjudicación de licencias que afecta a sujetos singulares en el marco de un procedimiento definido, convocado específicamente por la Administración, supuesto que fuere procedente la renuncia, parece fuera de toda duda que las razones de interés público con las que se quisiera justificar deberían tener esos mismos caracteres de concreción, singularidad y especialidad. Y nada de ello se advierte en las ofrecidas en el acuerdo. La sentencia las califica acertadamente, como se ha visto.

Por lo que se refiere al primer motivo, el recurrente parece hacer supuesto de la cuestión y reprocha a la sentencia no haber explicado por qué no se pueden aplicar supletoriamente al procedimiento de adjudicación de licencias regido por la Ley 7/2010 las normas propias de los contratos del sector público. Pero lo cierto no sólo es que en el artículo 4 del Real Decreto Legislativo 3/2011 no hay un apoyo explícito a la premisa que el Gobierno Vasco da por sentada. Y, además y sobre todo, el texto legal que disciplina la comunicación audiovisual, la Ley 7/2010, en vez de remitirse a título supletorio a la legislación de contratos administrativos, lo hace a la de patrimonio (artículo 27.1).

Si a eso se añade la distinta naturaleza de las licencias y de los contratos se hace más clara la corrección de la interpretación seguida por la Sala de Bilbao que todavía refuerza con sus precisiones sobre los requisitos que han de darse para que proceda el desistimiento del procedimiento establecidos por el artículo 155.

Los propios fundamentos de la sentencia recurrida son elocuentes y nos eximen de ulteriores consideraciones.

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 3814/2014, interpuesto por el Gobierno Vasco contra la sentencia nº 452, dictada el 14 de octubre de 2014 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y recaída en el recurso 213/2013, 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.