

En Logroño, a 2 de noviembre de 1999, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede provisional, con asistencia de su Presidente, D. Ignacio Granado Hijelmo, y de los Consejeros D. Pedro de Pablo Contreras, D. Joaquín Ibarra Alcoya, D.J. Zueco Ruiz y D. Antonio Fanlo Loras, siendo ponente éste último, emite, por unanimidad, el siguiente:

DICTAMEN

34/99

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad Autónoma de La Rioja en relación con el escrito presentado por el representante de la empresa "N.R., S.A." en el que comunica su intención de constituir la sociedad mercantil "C.D.M.R.D.L.R., S.A.", para la gestión de las frecuencias de radio F.M. 98.9 Mhz. y 101.8 Mhz., cuyo concesionario es "R.P., S.A.-C.", y la 97.7 Mhz., cuyo concesionario es "N.R., S.A."

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El Gobierno de La Rioja, mediante el Decreto 44/1997, de 29 de agosto, reguló el régimen de concesión de emisoras de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencias y el registro de empresas de radiodifusión en el ámbito de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Segundo

Por Orden 1/1998, de 2 de enero, de la Consejería de Desarrollo Autonómico, Administraciones Públicas y Medio Ambiente, (BB.OO.RR. de 8 y 15 de enero de 1998), se convocó el concurso abierto para la concesión de ocho emisoras comerciales de radiodifusión en ondas métricas con modulación de frecuencia en la Comunidad autónoma de La Rioja.

Tercero

En el Pliego de cláusulas administrativas particulares, con arreglo al cual se convocó y resolvió el concurso, merecen destacarse, en lo que interesa al informe solicitado, los siguientes extremos:

a) *Régimen jurídico*: El contrato se regirá por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, el Real Decreto 1388/1997, por el que se aprueba un incremento de frecuencias para gestión indirecta de emisoras, dentro del Plan Técnico Nacional de Radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia y el Decreto 44/1997, de 27 de agosto, del Gobierno de La Rioja.

b) *Forma de adjudicación*: Concurso. En el tercero de los sobres, relativo a la documentación técnica complementaria, el párrafo 5.2.3.d) se refiere al *"período por el que el concesionario se compromete a no ceder la concesión"*. Y en el párrafo e) relativo a la Memoria, su apartado séptimo, hace mención del *"régimen de explotación de la concesión con indicación en su caso, de los vínculos jurídicos con otras personas físicas o jurídicas"*.

c) *Criterios de adjudicación*. Entre los criterios a tener en cuenta se recoge en el apartado f) *"el compromiso de no ceder la explotación directa ni la transferencia de la concesión por un período determinado"*, que se valorará hasta 8 puntos.

d) *Modificación y cesión del contrato de concesión*. En el apartado 17.2 se admite la transferencia de la concesión con sujeción a determinadas reglas, que prácticamente coinciden con el contenido del art. 7 del Decreto 44/1997. En particular, será necesaria la autorización previa anterior a la transferencia y expresamente se establece que *"no se podrá transmitir hasta transcurridos dos años de la publicación en el Boletín Oficial de La Rioja el otorgamiento de la misma. Eso mismo será aplicable para las sucesivas transmisiones"*.

Cuarto

En la Memoria presentada por N.R., S.A. para la concesión de la emisora Logroño 97.7 Mhz. se señala, en cuanto al régimen de explotación, que ésta *"se realizará o bien directamente por N.R., S.A. o bien mediante la constitución de Sociedad Mercantil al efecto de la que en todo caso se retendrá la mayoría y el control de la gestión. En los planes de explotación se contempla la posibilidad de asociarse a otras emisoras independientes que operen fuera del ámbito de nuestra Comunidad con el objetivo de compartir servicios comunes..."*, (pág. 192 de expediente).

Consta en el expediente remitido una manifestación del representante de N.R., S.A. en la que afirma que, caso de resultar adjudicataria de la concesión de la emisora, *"la titularidad de la misma corresponderá por tiempo indefinido a N.R.,S.A., o en todo caso a Sociedad Mercantil constituida al efecto y propiedad al 100% de N.R., SA, y/o sus accionistas. No obstante lo anteriormente manifestado, declaramos nuestra sumisión expresa a lo dispuesto en el art. 7 Apartados 1 y 2 del Decreto 44/1997, de 29 de agosto..."*, (pág. 193 del expediente).

Quinto

En la documentación que acompaña a la Memoria presentada por R.P., S.A.-C.. para la concesión de una emisora en Logroño y Alfaro, su representante legal *"se compromete a llevar a cabo la explotación directa de la emisora que solicita durante todo el tiempo de duración de la concesión"* (pag. 337 del expediente) e idéntico compromiso se reitera en relación con la emisora de Alfaro (pag. 366 del expediente). Asimismo, expone que *"conoce y acepta incondicionalmente el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que rigen para el citado concurso..."*, (págs. 344 y 367, respectivamente, del expediente).

Sexto

El 9 de julio de 1998, la Comisión de Valoración emite un informe-valoración de las ofertas presentadas. Merecen destacarse, entre otros extremos, los siguientes:

a) *La identificación del marco normativo* aplicable, no limitado al Decreto 44/1997, de 29 de agosto, del Gobierno de La Rioja sino también, por su naturaleza de normativa básica, la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones, precepto vigente a tenor de lo dispuesto por la Disposición Derogatoria Única de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones.

b) *Los criterios objetivos que ha empleado para valorar las propuestas*. Entre éstos, en lo que atañe al presente dictamen, merece resaltarse que, en cuanto al compromiso de no ceder la explotación directa ni la transferencia de la concesión por un período determinado (hasta 8 puntos), *"se han concedido 8 puntos a todos aquellos solicitantes que se comprometen a no ceder ni transmitir por medio alguno la concesión en un plazo de 10 años (plazo de duración de la misma salvo prórroga), puntuándose proporcionalmente aquellas solicitudes cuyo compromiso es inferior al citado plazo"*. Tanto N.R., S.A. como R.P., S.A.-C.. han recibido 8 puntos por este concepto.

c) *La propuesta de adjudicación provisional* de las concesiones de las emisoras Logroño 98.9 Mhz. y Alfaro 101.8 Mhz. a R.P., S.A.-C.. y la de Logroño 97.7 Mhz. a N.R., S.A., segunda mejor oferta ya que, si se adjudicase ésta última a la mejor oferta de R.P., S.A.-C.., se vulneraría lo dispuesto en la D.A.6ª, apartado d) Ley 31/1987, de 18 de abril que prohíbe la adjudicación de más de dos emisoras de F.M. cuando coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura, dado que dicha sociedad es titular de la concesión de la emisora F.M. Logroño 91.1 Mhz..

Séptimo

La Subdirección General de Gestión de Recursos Escasos de Telecomunicaciones, del Ministerio de Fomento, con fecha 8 de febrero de 1999, aprobó provisionalmente el Proyecto Técnico presentado por *R.P., S.A.-C.* para la emisora Alfaró 101.8.

Octavo

La Subdirección General de Gestión de Recursos Escasos de Telecomunicaciones, del Ministerio de Fomento, el 9 de abril de 1999, aprobó provisionalmente el Proyecto técnico presentado por *N.R., S.A.* en relación con la emisora *Logroño 97.7 Mhz.*

Noveno

Tras diversas vicisitudes administrativas, la Subdirección General de Gestión de Recursos Escasos de Telecomunicaciones, del Ministerio de Fomento, con fecha 15 de junio de 1999, comunica que procede a expedir autorización de puesta en funcionamiento de la emisora *Logroño 98.9 Mhz.*, solicitada por *R.P., S.A.-C.*, acerca de cuyas características técnicas se informa a la Comunidad Autónoma de La Rioja. No consta en el expediente, sin embargo, que se haya concedido la referida autorización provisional.

Décimo

El Gobierno de La Rioja, en la reunión de 25 de junio de 1999, adjudicó definitivamente la concesión de las emisoras *F.M. 98.9 Mhz. de Logroño* (cuya antena se encuentra ubicada en el término municipal de Clavijo) y la *101.8 Mhz. de Alfaró*. Con fecha 30 de julio de 1999 se formalizaron los correspondientes contratos de concesión en documento administrativo.

Undécimo

El día 15 de julio de 1999, el representante legal de *N.R., S.A.* presenta un escrito al Consejero de Desarrollo Autonómico y Administraciones Públicas, con fecha de registro 26 de julio de 1999, en el que comunica que:

"Al objeto de una mejor y más adecuada prestación del servicio de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia Logroño (97.7), concesión que nos fue adjudicada por ustedes, realizaremos la explotación del mismo mediante la sociedad C.D.M.R.D.L.R., S.A., en constitución, en la cual asociaremos nuestros medios con los de la sociedad C., con representación paritaria de ambas sociedades en el Consejo de Administración, y conservando la titularidad de las concesiones y

medios técnicos propiedad de cada uno de los asociados. El fin perseguido con esta asociación es el de disponer de la masa crítica suficiente que nos permita ofrecer a los radioyentes de nuestro ámbito de cobertura una programación propia de calidad, con un marcado carácter y contenido informativo local y regional, arropado por una consistente oferta radiofónica que complete el horario de emisión 24 horas al día, 365 días al año. Adicionalmente la explotación publicitaria de las emisoras, fuente de sostén económico y garantía de independencia de las mismas, la desarrollará la mercantil R.M., C.M.P, S.A.U, participada al 100% por N.R., S.A.”.

Duodécimo

Al escrito señalado en el número anterior se adjunta un informe de D. M.V.A, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en apoyo de la pretensión comunicada por N.R., S.A.

A tal efecto, el informante fija el régimen jurídico aplicable a las concesiones de emisoras de radiodifusión, delimitando las competencias que en esta materia corresponden a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas, en los términos señalados por la jurisprudencia constitucional; enumera las condiciones de estas concesiones de acuerdo con la Disposición Adicional 6ª de la Ley 31/1987; recoge algunas consideraciones de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en su criterio, justifican la transferibilidad de las concesiones de radiodifusión; afirma la nulidad del párrafo 2º del nº 1 del art. 7 del Decreto 44/1997, del Gobierno de La Rioja, por entender que añade un requisito no contemplado en los establecidos en la citada D.A 6ª y que esa previsión restringe sin demostración convincente los derechos fundamentales -en concreto, la libertad de expresión-; y concluye que lo pretendido por N.R., S.A: *“no implica transferencia de concesiones sino la puesta en común de medios para la explotación de concesiones cuya titularidad retienen los iniciales concesionarios”*, razón por la que la Administración, no sólo puede conceder la autorización pedida, sino que *“debe concederla por la interdicción de cualquier injerencia en este ámbito que no se halle legítimamente fundada en motivos de interés general, interpretados conforme a los parámetros en una sociedad democrática avanzada”*.

Decimotercero

En el expediente consta copia de la escritura de constitución de la sociedad mercantil *“C.D.M.R.D.L.R., S.A.”*, que legitima el Notario de Logroño, perteneciente al Colegio de Burgos, D. J.V.V.. Ante él comparecen D. J.I.M.U, que actúa en nombre y representación de *“C.M.C., S.A. S.U* y de *N.R., S.A.*; G.G.Y.V., en nombre y representación de *R.P., S.A- C.*; D. F.S.R.I.

y DonJ.- O.C.Z. que actúan en propio nombre y derecho y queda constituida la

referida entidad mercantil y aprobados los estatutos por los que se registrá.

Su capital social es de 150.000 euros (24.957.900 pesetas) representado por 50.000 acciones ordinarias, y nominativas de una sola clase de tres euros de valor nominal cada una, que ha quedado desembolsado íntegramente en metálico, distribuido de la siguiente forma:

- a) *C.M.C., S.A.*, suscribe 1 acción, lo que supone una participación del 0.002 por 100.
- b) *N.R., S.A.* suscribe 14.289 acciones, lo que supone una participación del 28,57 por 100.
- c) *R.P., S.A.-C.*, suscribe 35.710 acciones, lo que supone una participación del 71,42 por 100.

De acuerdo con los Estatutos aprobados, la sociedad tiene por objeto social:

- a) El ejercicio y desarrollo de actividades de comunicación social mediante el establecimiento, utilización y explotación de emisoras de radio en la Comunidad Autónoma de La Rioja.
- b) Realizar cuantas operaciones sean preparatorias, auxiliares o complementarias de las que constituye su objeto social de todo orden que puedan determinar la obtención de licencias de explotación de emisoras de radio y formalizar al efecto contratos de explotación.

Las actividades integrantes del objeto social podrán ser realizadas por la Sociedad, ya directamente, ya indirectamente, incluso mediante la titularidad de acciones o participaciones en Sociedades con objeto idéntico o análogo.

Decimocuarto

La Asesoría Jurídica del Gobierno de La Rioja, emite informe el 4 de octubre de 1999 sobre la pretensión de *N.R., S.A.*, fundada en el informe del Abogado referido. En cuanto a la alegación de nulidad del precepto reglamentario del Decreto 44/1997, señala que, como quiera que éste fue informado favorablemente por el Consejo Consultivo, *"esta Dirección General no puede cuestionarse la legalidad de la citada disposición normativa, por lo que deberá someterse la pretensión de N.R.,S.A. y R.P.,S.A., de estimarse oportuno, al Alto Órgano Consultivo de esta Comunidad Autónoma"*.

En cuanto al fondo del asunto, la Dirección General tampoco se pronuncia, si bien

destaca en su informe la contradicción de la actuación en la que incurren ambas entidades mercantiles dado que en la documentación presentada se sometieron expresamente al Decreto 44/1997, al pliego de cláusulas y manifestaron su compromiso de explotar directamente las emisoras, criterio de adjudicación tenido en cuenta por la Comisión de Valoración.

Antecedentes de la consulta

Primero

Mediante escrito de 5 de octubre de 1999, registrado de entrada en el Consejo Consultivo el 19 del mismo mes y año, el Excmo. Sr. Presidente de la Comunidad Autónoma de La Rioja remitió para dictamen el expediente del asunto antes referenciado.

Segundo

Por escrito de 14 de octubre de 1999, registrado de entrada al día siguiente en este Consejo, el Ilmo. Sr. Secretario General Técnico de la Consejería de Desarrollo Autonómico y Administraciones Públicas remitió al Consejo, como documentación complementaria para dictaminar, el expediente administrativo tramitado previamente para la adjudicación de las emisoras afectadas.

Tercero

Mediante escrito de 20 de octubre de 1999, registrado de salida el 22 del mismo mes y año, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió a acusar recibo de la consulta y a declarar, provisionalmente, su correcta formulación así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Cuarto

Designado ponente el Consejero señalado al comienzo, la ponencia de este asunto quedó incluida en el orden del día de la Sesión 13/1999, siendo estudiado en dos reuniones, la primera celebrada el 27 de octubre y la segunda el 2 de noviembre, siempre de 1999, en las que, tras la oportuna deliberación, quedó aprobado este dictamen según se expresa en el encabezamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Naturaleza y regularidad de la consulta formulada

A) El presente dictamen tiene carácter facultativo y debe entenderse como propio de la función asesora que, de acuerdo con el art. 3 de nuestro Reglamento, aprobado por Decreto 33/1996, de 7 de junio, corresponde a este Consejo Consultivo.

En efecto, ninguna norma legal o reglamentaria establece la necesidad de que el Presidente, el Consejo de Gobierno o alguno de los Consejeros solicite nuestro dictamen en un caso como éste, pues, si bien se trata de un supuesto de *"interpretación, modificación, resolución y nulidad de concesiones y contratos administrativos"*, al que se refiere el art. 8.4.H) de nuestro Reglamento, en dicho párrafo se exige que *"la consulta venga exigida expresamente por una norma con rango de ley"* y, en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, el dictamen del Consejo de Estado u órganos consultivos equivalentes de las Comunidades Autónomas, sólo es preceptivo *"cuando se formule oposición por parte del contratista"* (art. 60.3.a) y art. 97.1 Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante L.C.A.P.) o, en los casos de modificación del contrato, cuando la cuantía *"sea superior a un 20 por ciento del precio original y éste sea igual o superior a 1.000.000.000 de pesetas"* (art. 60.3.b) de la L.C.A.P.).

En el presente caso, en el escrito presentado por *N.R., S.A.* no hay, en sentido estricto, *"oposición"* alguna a una previa actuación administrativa y tampoco nos movemos en la horquilla de cuantías precitada. Se trata tan sólo de una iniciativa particular de aquella entidad mercantil, relacionada con la explotación de una emisora de radio concedida provisionalmente.

En suma, la consulta planteada por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de La Rioja, tiene carácter facultativo, de acuerdo con el art. 8 de nuestro Reglamento y ha de entenderse formulada al amparo del art. 98.2 de la Ley 3/1995, de 8 de marzo, de Régimen Jurídico del Gobierno y la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en la redacción dada al mismo por la Ley 10/1995, de 29 de diciembre.

B) Nuestro antes citado Reglamento requiere que los asuntos que se nos remitan para dictaminar vengan acompañados tanto de la propuesta administrativa de resolución como del informe jurídico emanado por el órgano encargado del asesoramiento interno en Derecho del consultante (art. 32.2).

En el expediente que se nos ha remitido para dictamen se observa la falta de cualquier propuesta de resolución preconizada por un órgano de la administración activa competente en la materia de radiodifusión a que se contrae el asunto, así como la falta de pronunciamiento concreto del criterio jurídico a seguir formulada por la Dirección General de los Servicios Jurídicos, por más que el expediente se remitió a la misma para informe.

Es cierto que en las consultas facultativas no puede exigirse el mismo rigor en el cumplimiento de tales exigencias reglamentarias, pero la afirmación obrante en el informe de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, cuando señala que *"deberá someterse la pretensión de N.R. S.A. y R.P., S.A., de estimarse oportuno, al Alto Órgano Consultivo de esta Comunidad Autónoma"*, ni desvirtúa el carácter facultativo de esta consulta, ni exonera al meritado centro directivo de pronunciarse sobre el expediente que el Gobierno sometió a su consideración.

Dicha afirmación se hace al hilo de la alegación de nulidad del párrafo 2º, núm. 1 del art. 7 del Decreto 44/1997, de 29 de agosto, contenida en el informe jurídico que acompaña al escrito de N.R., S.A. y ante la constatación de que este Consejo Consultivo informó favorablemente en su momento el referido Decreto sin hacer mención alguna al referido precepto, pero, tal como se formula -y sin perjuicio de lo que luego señalaremos sobre la cobertura legal del citado precepto reglamentario- constituye una inadecuada interpretación de la posición del Consejo Consultivo como superior órgano consultivo de la Administración regional y del valor de sus dictámenes.

En efecto, en primer lugar, es cierto que este Consejo informó favorablemente en fase de proyecto el Decreto 44/1997 (Dictamen 21/1997) y no formuló ninguna observación al párrafo 2º, núm. 1 del art. 7, puesto que como luego se dirá, existen motivos fundados para sostener su adecuación a la legislación básica del Estado, mas, para que, ante la alegada nulidad de un reglamento, fuera preceptiva una nueva consulta a este Consejo, sería necesario que formalmente se hubiese iniciado un procedimiento de revisión del oficio del referido reglamento, como permite el art. 102.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, cosa que no ha sucedido en el presente caso, y, mientras esto no ocurra, los órganos administrativos, incluidos los de asesoramiento, están igualmente vinculados por dicho reglamento, sin que puedan de oficio autocuestionarse la legalidad del referido precepto.

Por otra parte, es también cierto que nuestros dictámenes son *últimos*, a tenor del art. 9 de nuestro Reglamento, y ello significa que, tras el Consejo Consultivo, no puede informar ningún otro órgano, pero ello debe entenderse referido a un concreto procedimiento administrativo, por lo que, obviamente, ningún órgano asesor puede negarse a informar en un expediente alegando que el asunto ya ha sido dictaminado por nosotros cuando la consulta de que se trate verse sobre un procedimiento administrativo distinto del que nos fue sometido

a dictamen.

Tal es precisamente lo que sucede en este caso, donde el Consejo Consultivo intervino en el procedimiento de elaboración de la antes citada disposición de carácter general reguladora del régimen de las adjudicaciones radiofónicas, pero ahora no se trataba de informar nuevamente en dicho procedimiento, sino de hacerlo en uno distinto, cual es el abierto para tramitar la posterior petición de la empresa adjudicataria *N.R. SA.*, aunque estuviera relacionado con el anterior.

Así pues, la Dirección General de los Servicios Jurídicos debió y pudo pronunciarse expresamente en este caso y ello, no sólo sobre la alegación de la empresa adjudicataria referida a la legalidad del art. 7-1-2 del Decreto 44/1997, sino también sobre todo el expediente en su conjunto y, además, señalando al órgano consultante el criterio jurídico a seguir en el fondo del asunto.

Segundo

Ámbito de la competencia de La Rioja en materia de radiodifusión

En nuestros anteriores Dictámenes 3/96, 21/97 y 19/99 hemos tenido ocasión de referirnos a la competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja en materia de radiodifusión, en concreto, de la emitida en ondas métricas con modulación de frecuencia, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (SS.T.C. 26/82, 44/82, 248/88, 108/93, 168/93, 244/93 y 278/93).

La complejidad de la regulación existente en esta materia trae causa de la pluralidad de títulos competenciales existentes en la Constitución (art. 149.1.21ª -telecomunicación y radiocomunicación- y art. 149.1.27ª CE -radio y medios de comunicación-), así como los correspondientes preceptos de los Estatutos de Autonomía, que configura un sistema de concurrencia competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de radiodifusión.

En nuestro Dictamen 21/97 enumeramos todas aquellas normas estatales que, por su naturaleza básica, debe respetar la Comunidad Autónoma de La Rioja en el ejercicio de sus competencias. En este momento sólo podemos añadir a lo entonces señalado, por obvias razones temporales, lo siguiente:

- El título competencial de La Rioja ha resultado reafirmado y mejor precisado por el art. 9.6 del Estatuto de Autonomía, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/1999,

de 7 de enero, como hemos advertido en el Dictamen 19/99.

- En cuanto a la normativa básica estatal, la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, L.G.T.), ha establecido que, en materia de servicios de radiodifusión y de televisión, seguirán vigentes, hasta tanto se apruebe la normativa específica que los regule, los arts. 25, 26 y la Disposición Adicional Sexta de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (en adelante L.O.T.).

- Además, el Real Decreto 1388/1997, de 5 de septiembre, ha aprobado un incremento de frecuencias para gestión indirecta de emisoras, dentro del Plan técnico nacional de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia, norma que ha dado cobertura a la adjudicación de ocho emisoras nuevas en La Rioja, de la que trae causa la consulta sometida a nuestra consideración.

En conclusión, en la determinación del régimen de la radiodifusión en ondas métricas con modulación de frecuencia concurren, tanto el Estado (cuya competencia se extiende a las normas delimitadoras de la utilización del espectro radioeléctrico reservado a la radiodifusión sonora en dicha frecuencia y a las que regulan las condiciones básicas o requisitos generales para la prestación del servicio, así como a la elaboración de los planes nacionales, la fijación de las condiciones técnicas y la inspección y control de las mismas), como las Comunidades Autónomas, competentes para el otorgamiento de las concesiones para la gestión indirecta del servicio y la regulación del procedimiento de adjudicación de las mismas, incluidas -como ha precisado la Sentencia del Tribunal Constitucional (en lo sucesivo, S.T.C.) 108/1993- las facultades accesorias de esta principal, como son la inspección de los servicios e imposición de sanciones derivadas de infracciones a esa normativa autonómica.

De acuerdo con estos criterios de delimitación competencial, el art. 26. 3 de la L.O.T. ha establecido las formas de gestión de las emisoras de frecuencia modulada (gestión directa por la Administración del Estado y sus entes públicos; gestión directa por la Administración de las Comunidades Autónomas y sus entes públicos; gestión indirecta por las Corporaciones Locales; gestión indirecta mediante concesión administrativa a través de personas físicas o jurídicas) y la Disposición Adicional Sexta de la L.O.T., los requisitos para ser concesionario, extremo al que se refiere el informe jurídico que acompaña al escrito presentado por *N.R.*, *S.A.* Además, los Reales Decretos 1388/1997, de 5 de septiembre y 1273/1992, de 23 de octubre, regulan la aprobación de los proyectos técnicos; la concesión de dominio público radioeléctrico y la asignación de frecuencias la inspección de las instalaciones, así como las nuevas frecuencias susceptibles de concesión.

Por su parte, La Rioja ha regulado el procedimiento de adjudicación de las referidas emisoras, así como el Registro de Empresas de Radiodifusión, mediante el Decreto 44/1997, de 29 de agosto, norma reglamentaria que fue objeto de nuestro Dictamen 21/97, al que hay

que añadir nuestro también Dictamen 19/99 relativo a un proyecto aun no publicado de modificación del Decreto anterior.

La Comunidad Autónoma de La Rioja tiene, pues, ciertas competencias normativas en esta materia, si bien el contenido de su regulación debe respetar, como luego veremos, lo establecido en la Disposición Adicional 6ª De la L.O.T. (relativa a los requisitos de los concesionarios de estas emisoras), así como todas aquellas normas estatales de naturaleza básica. Le corresponden, asimismo a La Rioja, las facultades accesorias de las mismas, como son, la autorización de la cesión, la inspección de los servicios o la imposición de sanciones derivadas de infracciones a esa normativa autonómica.

Las emisoras disponibles para su adjudicación en La Rioja, de acuerdo con el R.D. 1388/97, han sido objeto de adjudicación mediante concurso publicado mediante la Orden de 2 de enero de 1999.

Por tanto, la actividad proyectada por *N.R., S.A.* relativa a la explotación de la emisora de radio F.M. concedida, junto con otras dos de *R.P., S.A.-C.*, objeto de la consulta sometida a nuestra consideración, se produce en relación con el ejercicio de una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de La Rioja, en cuanto que, como ha quedado señalado, corresponde a La Rioja la competencia para su otorgamiento, así como la regulación del procedimiento de adjudicación, extremo al que se refiere el Decreto 44/1997, de 29 de agosto.

Más en concreto, la cuestión que suscita el escrito presentado por *N.R., S.A.* se refiere estrictamente a si la actividad proyectada constituye un acto de disposición del título concesional, sujeto en ese caso, a la autorización previa de la Administración regional.

En efecto, esta entidad mercantil, adjudicataria provisional de la emisora *F.M. Logroño 97.7 Mhz.*, pretende encomendar su explotación a una entidad mercantil de nueva creación, en la cual asociarán sus medios con los de *R.P., S.A.-C.*, adjudicataria definitiva de las emisoras *F.M. Logroño 98.9 Mhz.* y *Alfaro 101.8 Mhz.*, con representación paritaria de ambas sociedades en el Consejo de Administración y conservando la titularidad de las concesiones y medios técnicos propiedad de cada uno de los asociados. Es necesario, por tanto, analizar cuáles son las previsiones legales y reglamentarias relativas a la disponibilidad del título concesional y averiguar si aquella pretensión que *N.R., S.A.* se limita a "*comunicar*" a la Administración constituye una transmisión del título concesional, sujeta, por tanto, a autorización previa de la Administración regional.

Tercero

Régimen jurídico aplicable a la transmisión de títulos concesionales en materia de radiodifusión

La disponibilidad de los derechos derivados del título concesional constituye un aspecto concreto del régimen jurídico de la concesión del servicio de emisoras de F.M.. Este régimen jurídico resulta de la concurrencia, por un lado, de normas básicas estatales, relativas a las condiciones básicas o requisitos generales para la prestación del servicio -que son ciertamente escuetas sobre el particular que interesa al objeto de la consulta-, y, por otro, de normas riojanas de desarrollo.

En efecto, de acuerdo con la Disposición Adicional 6ª, 2, b) de la L.O.T. *"siempre que el adquirente reúna los requisitos legales, la concesión será transferible previa autorización administrativa"*. Se parte, pues, del *principio de transmisibilidad* de las concesiones de emisoras de F.M., condicionado a la previa autorización administrativa para comprobar que el nuevo adquirente reúne los requisitos -legales o establecidos en el Pliego de condiciones- para ser concesionario.

Se trata de una regla común a otras regulaciones sectoriales (aguas, costas, minas, etc.), pero que tiene excepciones en el propio sector de la radiodifusión en frecuencia modulada. En efecto, de acuerdo con el art. 1.3 del Real Decreto 3302/1981, de 18 de diciembre, que regula las transferencias de concesiones de emisoras, *"no serán transferibles las concesiones correspondientes a emisoras institucionales de radiodifusión en ondas métricas con modulación de frecuencia"*. O bien la no-transmisibilidad puede resultar de los compromisos libremente asumidos por los adjudicatarios, a tenor de lo previsto en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Los requisitos que debe reunir el adquirente son los mismos exigidos para ser concesionario, están regulados en el apartado 1 de la D.A.6ª de la L.O.T. y son los siguientes:

- a) Si se trata de personas físicas, tener nacionalidad española y no hallarse en ninguno de los supuestos que impiden contratar con la Administración.
- b) Si se trata de personas jurídicas, constituidas en forma de sociedad anónima, que sus acciones sean nominativas, no pudiendo la participación extranjera superar directa o indirectamente el 25 por ciento del capital.

c) Si se trata de entidades sin ánimo de lucro, los titulares de sus órganos deben tener la nacionalidad española y estar domiciliados en España.

d) En ningún caso, una misma personas física o jurídica podrá ser titular de más de dos concesiones de servicios de radio de onda métrica en frecuencia modulada que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura. El otorgamiento de más de una concesión a una misma persona física o jurídica sólo podrá realizarse, si por el número de las ya otorgadas queda suficientemente asegurada la pluralidad en la oferta radiofónica.

e) Una persona física o jurídica no podrá participar mayoritariamente en más de una sociedad concesionaria cuando exploten servicios de radiodifusión que coincidan sustancialmente en su ámbito de cobertura.

f) Es preciso haber obtenido autorización administrativa para realizar cualquier modificación en la titularidad de las acciones, participaciones o títulos equivalentes de las sociedades concesionarias o ampliaciones de capital cuando la suscripción de acciones o títulos equivalentes no se realice en idéntica proporción entre los propietarios del capital social.

Puede parecer paradójico que, en el proceso de liberalización económica generalizada al que asistimos -especialmente evidente en el ámbito de las telecomunicaciones y de la radiodifusión- y tratándose de una actividad vinculada al ejercicio de derechos y libertades fundamentales (libertad de expresión, libertad de información), pervivan mecanismos de intervención administrativa tan intensos, consecuencia de la *publicatio* de estos sectores económicos. El Tribunal Constitucional, ha considerado, sin embargo, conforme a la Constitución esta reserva de titularidad al sector público (Sentencias 206/1990, 119/1991, 168/93, 31/94, 127/1994) y justificadas las concretas intervenciones administrativas (la técnica concesional y las autorizaciones administrativas), en cuanto instrumento al servicio de los intereses generales y para asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales (garantizar una información libre y plural, ordenar la igualdad en las condiciones de acceso a un bien limitado, cuales son las licencias para emitir radio-televisión, por los condicionantes actuales del espacio radioeléctrico; en definitiva, garantizar el pluralismo informativo y la protección de la libertad de expresión y de información).

Téngase en cuenta, por cierto, en relación con las limitaciones a la participación extranjera en el capital social de empresas de radio, que ha de estarse a la normativa específica aprobada con posterioridad a la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones (Ley 18/1992, de 1 de julio, sobre inversiones extranjeras, desarrollado por el Real Decreto 671/1992, de 2

de julio, normas que tienen en cuenta para calificar una inversión de "extranjera", no la nacionalidad del inversor sino su residencia habitual).

En el marco de aquellas reglas básicas estatales, el Decreto 44/1997, de 29 de agosto, de La Rioja, añade algunas particularidades. Así, de acuerdo con el art. 7, la transferencia o cesión a terceros adquirentes de alguna concesión administrativa de emisoras de F.M., requiere autorización previa del Consejero competente, *"siempre que los concesionarios reúnan los requisitos y cumplan las condiciones establecidas en el presente Decreto y se ajusten a los criterios que determinaron la concesión originaria"*.

En particular se establece en el segundo párrafo del art.7.1 que *"no se podrá transmitir la concesión hasta transcurridos dos años de la publicación en el Boletín Oficial de La Rioja de otorgamiento de la misma. Esto mismo será aplicable a las sucesivas transmisiones"*.

Y, en el párrafo 2 del art. 7, se recoge idéntica exigencia que la contemplada en la letra f) del párrafo 1 de la Disposición Adicional Sexta de la L.O.T.

En conclusión, además de los requisitos generales establecidos en la normativa básica estatal, el Decreto 44/1997 establece como específicos para la transferencia o cesión del título concesional, la prohibición de hacerla antes de dos años desde el otorgamiento y el respeto de los criterios que determinaron la concesión originaria, que no son otros, que los establecidos en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares.

El informe jurídico emitido por D. M.V.A a petición de N.R., S.A. y unido al escrito presentado por ésta, defiende, en síntesis, que la actividad proyectada por aquella entidad en asociación con R.P., S.A. no necesita autorización administrativa alguna o que ésta es un *"acto debido"*. Su argumentación queda resumida, en síntesis, en dos motivos: primero, que la prohibición de transferencia de la concesión durante dos años (párrafo segundo del art. 7.1 Decreto 44/1997) es ilegal por no estar prevista en la Disposición Adicional Sexta de la L.O.T.; y, segundo, que en la actividad proyectada para la explotación en régimen de asociación de las emisoras de las que son titulares N.R., S.A. y R.P., S.A- C.. no hay *"transmisión"* y, por tanto, nada debe autorizarse previamente.

Vamos a analizar cada uno de estos argumentos.

Cuarto

Análisis de la cuestión de la cobertura legal del art. 7.1, párrafo segundo, del Decreto 44/1997 y su determinación en la legislación básica de contratos de las Administraciones Públicas

En cuanto a la supuesta nulidad de la prohibición de transmisión o cesión del título concesional hasta transcurridos dos años desde la publicación del otorgamiento, establecida en el art. 7.1, párrafo segundo del Decreto 44/1997, llama, en efecto, la atención el establecimiento por el referido reglamento de ese requisito añadido que parece coartar, sin cobertura legal expresa, el principio de libre transmisibilidad de la concesión que la norma básica estatal condiciona exclusivamente a que el adquirente reúna los requisitos para ser concesionario, sin exigir ningún otro requisito.

El Decreto de La Rioja, ciertamente, tiene una aparente falta de cobertura expresa en la D.A. 6ª de la L.O.T. que lo haría nulo, al establecer una limitación en la esfera jurídica de los particulares, sin fundamento legal suficiente, pero esa primera afirmación, requiere un más detenido análisis acerca del posible fundamento legal del reglamento.

A) Una primera línea de análisis puede consistir en examinar el complejo y problemático binomio "*bases-desarrollo*", como ejemplo de cooperación normativa entre Estado y Comunidades Autónomas.

Existen muy abundantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la cuestión, en los que ha perfilado una doctrina general, llena de matices, de acuerdo con la cual las bases estatales deben dejar un margen de desarrollo al legislador regional. El concepto material de bases hace referencia a un *común denominador normativo* (SS.T.C. 1/82, 44/82, 32/83, 57/83, 48/88, 49/88 y 13/89, entre otras) que el Estado establece en ejecución de una *política global* sobre la materia de que se trate (S.T.C. 96/84), de suerte que debe permitir, como regla general, el desarrollo de *políticas propias* por las Comunidades Autónomas (S.T.C. 158/86) y no pueden agotar o absorber toda la normación de una materia (SS.T.C. 1/82, 147/91 y 57/92, entre otras).

Ese desarrollo puede consistir en establecer normas más rigurosas (como ha admitido, por ejemplo, la S.T.C. 102/95 en el caso de la legislación de medio ambiente, S.T.C. 102/95), o en explicitar aquello que está de manera inherente en la lógica institucional de las bases, siempre que se trate de un desarrollo razonable y proporcional a la finalidad perseguida por la norma básica (como, también por ejemplo, ha señalado la S.T.C. 196/96 sobre sanciones en materia pesquera).

Por otro lado, el marco normativo que para la legislación de desarrollo supone la estatal básica debe ser interpretado de forma sistémica y global, de suerte que el legislador autonómico, al dictar la normativa de desarrollo, no sólo debe tener en cuenta la normativa sectorial básica correspondiente, es decir, las normas básicas dictadas por el Estado en el sector concreto de actuación de que se trate, sino que, además, ha de considerar todo el conjunto de bases estatales interpretado éste globalmente (SS.T.C. 64/82 y 25/83), pues, como

señala, la S.T.C. 64/82: por bases hay que entender *toda* la legislación básica “y no sólo la relativa a la materia concreta sobre la que recaiga la competencia”.

Esta conexión necesaria de la normativa autonómica de desarrollo con la estatal básica en su conjunto, deriva, no tanto de la necesidad de interpretar armónicamente ambas normaciones, cuanto del carácter y función que tienen las bases, que no es atributivo de competencias a las Comunidades Autónomas, sino meramente delimitador de las que éstas tienen atribuidas por sus respectivos Estatutos de Autonomía (SS.T.C. 25/83, 32/83, 68/84 y 69/88, entre otras), y que se traduce en un criterio de conservación de la norma autonómica de desarrollo que cuente con cobertura suficiente en la legislación básica estatal en su conjunto, cobertura que, además, no es, en el binomio interordenamental *bases-desarrollo*, de la misma naturaleza e intensidad que la exigida en la relación intraordenamental *ley-reglamento*.

Desde esta perspectiva, podría tener justificación la prohibición introducida en el reglamento de La Rioja, aunque no esté prevista expresamente en la normativa básica sectorial para garantizar que en los procedimientos de adjudicación de concesiones de emisoras de F.M. no se burlen los requisitos subjetivos que han podido ser determinantes del otorgamiento de la concesión.

B) Por otro lado, no podemos olvidar que el asunto consultado supone una incidencia en el seno de una concesión y la concesión constituye una forma o técnica de gestión indirecta de un servicio público, esto es, un contrato administrativo suscrito entre la Administración titular del servicio (en virtud de la reserva de titularidad establecida para la radio y la televisión en la Ley 4/1980, de 10 de enero, del Estatuto de Radio Televisión) y el adjudicatario.

Ello quiere decir, que la normativa de contratos de las Administraciones Públicas (la ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante L.C.A.P.) es de aplicación directa, como sostiene la doctrina y admite el propio informe jurídico del Sr. V.A. (conclusión primera). Así lo establece, por lo demás, el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares aprobado para regir el concurso de adjudicación de ocho emisoras F.M., que identifica la legislación de contratos como la primera fuente normativa aplicable a la que se sujetarán los contratos que nazcan de la adjudicación.

Así pues, con arreglo a la doctrina constitucional antes expuesta, la Disposición Adicional Sexta de la L.O.T. es una norma estatal básica que puede y debe ser interpretada sistémicamente junto con la legislación, también estatal y básica, de contratos al objeto de obtener un marco jurídico integrado.

Pues bien, el art. 115 de la L.C.A.P. regula la cesión de los contratos administrativos y en él se establecen dos importantes reglas en lo que a nuestro objeto interesa:

- Primera, *"los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato"* (art. 115.1 De la L.C.A.P.).

-Segunda, establece los requisitos para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros y que son los siguientes:

a) Autorización previa de la Administración (art. 115.2.a);

b) Que *"el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos"* (art. 115.2.b);

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración (art. 115.2.c), y

d) Formalizar la cesión entre adjudicatario y el cesionario, en escritura pública (art. 115.2.d).

Comencemos con el análisis de esta segunda regla. De acuerdo con el art. 115.2.b) de la L.C.A.P., la transmisión de los contratos de gestión de servicios se condiciona a que se haya realizado la explotación de al menos una quinta parte del tiempo de duración del contrato.

Si tenemos en cuenta que el plazo de adjudicación de la emisora F.M. lo es por 10 años [de acuerdo con la D.A. 6ª, 2.a) de la L.O.T., art. 6.1 Decreto 44/1997 y Pliego de Cláusulas administrativas particulares], la previsión del art. 7.1.párrafo segundo del Decreto 44/1997, no ha hecho sino concretar aquella regla de general aplicación y exigencia para todos los contratos de gestión de servicios públicos de todas las Administraciones Públicas, al caso de las emisoras de F.M, al objeto de garantizar durante un tiempo razonable -dos años- la gestión por el adjudicatario originario, de modo que no se burlen los requisitos subjetivos tenidos en cuenta para la adjudicación de la concesión.

La legislación de contratos de las Administraciones Públicas brinda, pues, cobertura legal a la opción seguida por el reglamento de La Rioja. En este sentido, este Consejo Consultivo entiende que el art. 7.1, párrafo segundo del Decreto 44/1997, se ajusta

enteramente a la legalidad y tiene plena cobertura legal en el art. 115.2.b) L.C.A.P, precepto que tiene naturaleza básica, de acuerdo con la Disposición Adicional Primera de dicha Ley.

En el Dictamen 21/1997 no se hizo observación alguna sobre este particular, al no ser necesario. Por lo demás, esta misma previsión ha sido establecida por otras Comunidades Autónomas. Este es el caso de Castilla y León, art.6.1 párrafo segundo, del Decreto 1/1996, de 11 de enero, que regula el procedimiento de concesión de emisoras en ondas métricas con modulación de frecuencia.

Justificada la legalidad de este precepto, debemos reiterar que, en rigor, la misma era innecesaria a los efectos de la consulta formulada, puesto que el Decreto 44/1997 está plenamente vigente y, por tanto, vincula a la Administración regional y a sus órganos de asesoramiento, mientras no sea derogado, revisado de oficio o anulado mediante una resolución judicial firme, posibilidades todas ellas que, hasta este momento, no se han producido.

Quinto

Análisis de la cuestión de la legalidad o no de la pretensión comunicada por N.R. S.A. a la Administración autonómica riojana

Justificada la legalidad del precepto cuestionado por N.R. SA, este Consejo Consultivo entiende que la pretensión comunicada por dicha empresa adjudicataria no se ajusta a la legalidad si pretende llevar a cabo cualesquiera actos de disposición de su título concesional en este momento, puesto que no han transcurrido dos años desde la publicación del otorgamiento de la concesión.

Es más, en su caso particular, la concesión sólo se ha adjudicado provisionalmente, debiendo iniciarse el cómputo de dichos dos años desde la adjudicación definitiva debidamente publicada en el Boletín Oficial de La Rioja, esto es, desde el otorgamiento de la concesión.

Debe tenerse en cuenta, por último, que el art. 115.2.d) de la L.C.A.P. exige que la transmisión o cesión entre adjudicatario y el cesionario se formalice en escritura pública y, en el expediente, no consta que se haya aportado tal documento, porque se niega la mayor, esto es, que exista acto de disposición y, por tanto, se obvia este requisito. Esta exigencia guarda relación con dicha cuestión, que será objeto de análisis más adelante.

Por otra parte, como hemos expuesto, la D.A.6ª de la L.O.T. parte del principio de

libre transmisibilidad de la concesión, condicionada únicamente a que el adquirente o cesionario cumpla los requisitos para ser concesionario. Según una interpretación literal del precepto, parecería que sólo importa, en los actos de disposición de los títulos concesionales, la posición del adquirente o cesionario, debiendo la Administración limitarse a constatar si éste reúne los requisitos necesarios, convirtiéndose la autorización en un "*acto debido*".

Se olvida, sin embargo, que la concesión de servicios es, por de pronto, un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades donde los compromisos obligacionales adquiridos expresamente por las partes -aquí, concretamente, los relativos a la duración- han de tener relevancia jurídica, y, además, es un contrato *intuitu personae*, es decir, en el que las cualidades técnicas y personales tienen extraordinaria importancia, de manera que, también por ese motivo, son relevantes jurídicamente los compromisos adquiridos por el adjudicatario al formalizar el contrato y pueden condicionar, por esa razón, la posibilidad misma de transmisión.

En efecto, los Pliegos de cláusulas administrativas particulares han podido contemplar como criterio de adjudicación las cualidades técnicas o personales del solicitante o los compromisos libremente asumidos por los participantes en el concurso relacionados con la gestión del servicio. Estos Pliegos "*incluirán los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato*", establece el art. 50.1 de la L.C.A.P., debiendo los contratos ajustarse al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se considerarán parte integrante de los respectivos contratos (art. 50.5 de la L.C.A.P.). Los Pliegos son ley del contrato, y es práctica habitual que se adjunte al documento de formalización del contrato, como ha ocurrido en el presente caso.

No pueden obviarse, por tanto, los requisitos recogidos en los Pliegos de cláusulas ni los actos propios derivados de los compromisos libremente asumidos por los participantes en el concurso para, una vez adjudicada la concesión, desentenderse de ellos como si carecieran de operatividad jurídica alguna. Como ha quedado recogido en los Antecedentes de Hecho, el Pliego de cláusulas del contrato hace mención expresa al compromiso libremente expresado por el solicitante de no-cesión de la concesión (forma de adjudicación, criterios de adjudicación, modificación y cesión del contrato de concesión).

Al margen, por tanto, de la cuestión ya examinada de la legalidad de la prohibición de transmisión antes de los dos años, el Pliego de Cláusulas Administrativas particulares que ha regido el concurso de adjudicación de las emisoras F.M. ha contemplado como uno de los criterios para la adjudicación el compromiso de explotación directa sin transferencia o cesión de la concesión.

Ese compromiso es claramente expresado por *R.P., S.A.-C.*, (Antecedentes de Hecho Quinto), y, si bien queda más impreciso en las manifestaciones de *N.R., S.A.* (compromiso de gestión directa o mediante sociedad mercantil con mayoría de capital -Antecedente de Hecho

Cuarto-), la Comisión de Valoración les atribuyó 8 puntos en función del plazo al que se comprometieron a no ceder la explotación de la emisora (págs. 43, 44 y 45 del expediente).

El desconocimiento de los actos propios, incumpliendo los compromisos que fueron determinantes de la adjudicación de la concesión, constituye una causa de resolución de la concesión, de acuerdo con el art. 168, en relación con el art. 112.g), ambos de la L.C.A.P.

En el caso sometido a nuestra consulta, el principio de transmisibilidad establecido en la Disposición Adicional Sexta.2.b) de la L.O.T., matizado por la legislación riojana de desarrollo antes citada, queda también afectado en virtud de los compromisos adquiridos libremente por *N.R., S.A.* y *R.P., S.A.-C.*, de conformidad con el Pliego de Cláusulas, compromisos por los que han merecido la máxima puntuación, en cuanto a ese concreto criterio, y que han sido determinantes de la adjudicación de la concesión.

Este Consejo Consultivo entiende que ni *N.R., S.A.* ni *R.P., S.A.-C.* pueden, incumpliendo su compromiso previo, realizar actos de disposición de los derechos derivados del título concesional, incurriendo, en caso contrario, en una causa de resolución de la concesión.

Sexto

La actividad comunicada por *N.R., S.A.* está sujeta a autorización administrativa previa

Debemos analizar, por último, el segundo de los argumentos esgrimidos en el informe jurídico presentado por *N.R., S.A.*, esto es, que en la actividad proyectada para la explotación en régimen de asociación de las emisoras de las que son titulares junto con las de *R.P., S.A.-C.*, no hay "*transmisión*" de la concesión, razón por la que dicha actividad no necesita de autorización o, en su caso, se trataría de una autorización "*debida*" y no discrecional.

En el conciso escrito de 15 de julio de 1999 presentado por *N.R., S.A.*, el representante de esta sociedad se limita a "*comunicar*". en relación con la prestación del servicio de la emisora *Logroño 97.7 Mhz.* que "*realizaremos la explotación del mismo mediante la sociedad *C.M.R.D.L.R., S.A.*, en constitución, en la cual asociaremos nuestros medios con los de la sociedad *C.*, con representación paritaria de ambas sociedades en el Consejo de Administración, y conservando la titularidad de las concesiones y medios técnicos propiedad de cada uno de los asociados*". Tras indicar que ello ha de permitir una oferta radiofónica que

complete el horario de emisión, 24 horas al día, 365 días al año, se añade que *"la explotación publicitaria de las emisoras, fuente de sostén económico y garantía de independencia de las mismas, la desarrollará la mercantil R.M., C.M.P, S.A.U., participada al 100% por N.R., S.A."*

Según razona el informe jurídico presentado por N.R. S.A., partiendo del principio de libertad del empresario para la mejor organización de sus medios de producción, manifestación del principio de autonomía organizativa, a la Administración sólo le compete *"verificar si la entidad resultante de la unión que las dos entidades intentan cumple o no los requisitos exigidos, no para la titularidad de una concesión -que no se pide-, sino para la explotación conjunta de concesiones cuya titularidad mantiene cada una de las dos entidades que funda aquélla en la que se agrupan"*.

Ante todo debe recordarse que la configuración de la radiodifusión como servicio público cuya titularidad queda reservada al sector público confiere a su explotación un estatuto especial que, en el caso de la gestión indirecta, mediante concesión, se concreta en el respeto de determinados principios (entre otros los de continuidad y mutabilidad del servicio, adaptación constante y sujeción a la potestad de dirección y control por parte de la Administración concedente, así como de la Administración del Estado, en tanto que titular del dominio público radioeléctrico). Estas potestades de la Administración no suscitan problema alguno. Antes de iniciar la actividad es necesario obtener las correspondientes frecuencias (con la aprobación de los lugares de instalación de las estaciones transmisoras y de su potencia), la aprobación de los proyectos técnicos, la inspección de las instalaciones y la autorización de la puesta en funcionamiento, quedando sujeta a las potestades de control técnico que correspondan al Estado.

Sin embargo, los poderes que tiene la Administración sobre la actividad en cuanto tal resultan más problemáticos, al encontrarnos en presencia del ejercicio de libertades públicas (libertad de comunicación e información). El control de la Administración no puede condicionar o limitar tales libertades, tema complejo por la imbricación de la explotación del soporte y el ejercicio del derecho fundamental a comunicar y recibir libremente información, aspectos que la S.T.C. 127/1994, ha deslindado para el caso de la televisión, pero cuya doctrina es aplicable a la radiodifusión, y que, en suma, determina cómo estos poderes tienen justificación en la medida que están al servicio de los intereses generales y para asegurar la vigencia de otros bienes y principios o derechos constitucionales (garantizar el pluralismo informativo y la igualdad del acceso de todos los ciudadanos a un bien escaso como es el espacio radioeléctrico, soporte del ejercicio de derechos fundamentales, evitando concentraciones monopolísticas que pueden condicionar la libertad de información).

Ahí radica la justificación de los poderes de la Administración para la autorización de la actividad mediante el otorgamiento del correspondiente título concesional, así como todas

las potestades inherentes o accesorias a ella (autorización previa de la transferencia del título concesional, así como para la modificación de la titularidad de las acciones o participaciones de las sociedades concesionarias, para la ampliación de su capital cuando la suscripción consecuente no respete la anterior proporción entre los propietarios del mismo), de acuerdo con la Disposición Adicional 6ª. 1.f) de la L.O.T., así como las facultades inspectoras, de control y sancionadoras.

Pues bien, en el ejercicio de estas facultades inspectoras y de control de la Administración regional, se trata de constatar si los hechos que motivan la presente consulta están sujetos a autorización administrativa y, en su caso, si concurren los presupuestos para su otorgamiento y si su naturaleza es discrecional o reglada ("debida" en los términos que sugiere el informe jurídico de parte).

Para dar respuesta a esta cuestión, la Administración no debe conformarse con el dato de la falta formal de transmisión de los títulos concesionales, circunstancia que llevaría a excluir la necesidad de la autorización administrativa. Según manifestación de la parte interesada se pretende realizar la "*explotación*" del servicio de la emisora *Logroño 97.7 Mhz.* mediante la creación de la sociedad mercantil en la que asociará sus medios con los de la sociedad *R.P., S.A. -C..*, conservando la titularidad de las concesiones y medios técnicos propiedad de cada uno de los asociados.

La actividad proyectada ofrece variadas perspectivas (administrativa, mercantil, económica, etc.), pero ahora nos interesa exclusivamente, o sobre todo, la administrativa, por más que el negocio proyectado sea descrito en términos económicos ("*explotación*") y mercantiles (constitución de una sociedad anónima, con participación paritaria en el Consejo de Administración, pero con desigual reparto del capital social, que es el factor determinante del control de la sociedad).

Pues bien, desde la perspectiva estrictamente administrativa, ha de recordarse que la concesión es una técnica de gestión indirecta de los servicios públicos, mediante la que un empresario, individual o colectivo, asume, a su riesgo y ventura, la explotación de un servicio público, convirtiéndose por ello en un colaborador necesario de la acción administrativa. Hemos recordado que las cualidades técnicas y personales del concesionario son elementos esenciales y determinantes de la misma. Ello explica el carácter personalista ("*intuitu personae*") que caracteriza y es inherente a la concesión, como técnica de gestión de los servicios públicos.

La concesión de emisoras de radiodifusión participa de esas mismas características. Incluso se acentúan los elementos personales en cuanto garantía del acceso igualitario de los ciudadanos al soporte material y técnico de ese servicio público escaso (por la limitación del espacio radioeléctrico) y para evitar la concentración de medios, garantía del pluralismo

informativo.

De acuerdo con este enfoque no puede diferenciarse entre la "*titularidad*" de la concesión, retenida por el concesionario adjudicatario y la "*explotación*", que puede encomendarse a un tercero distinto del empresario. En la concesión, la gestión por el empresario adjudicatario constituye un elemento esencial del contenido obligacional nacido del contrato suscrito. Ambos son elementos inseparables. Hasta tal punto ello es así que la subcontratación en el contrato de gestión de servicios "*sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias*" (art. 171 de la L.C.A.P.), puesto que cabe entender, de acuerdo con la regla general establecida en el art. 116 de la L.C.A.P., relativo a la subcontratación en general, que la concesión "*ha de ser ejecutada directamente por el adjudicatario*".

Desde esta perspectiva administrativa, encomendar la explotación a una sociedad mercantil, en cuyo capital social participa de forma minoritaria (como le ocurre a *N.R., S.A.*, que sólo dispone del 28.57 por 100 del capital de *C.D.M.R.D.L.R., S.A.*) constituye un acto dispositivo, una transmisión o cesión de la titularidad de la concesión y, como tal, sujeto a autorización administrativa. La argumentación desarrollada desde esta vertiente administrativa del problema es suficiente, a juicio de este Consejo Consultivo, para sostener con fundamento que la operación comunicada por *N.R., S.A.* está sujeta a autorización administrativa previa.

Séptimo

Sobre si la pretensión de *N.R. S.A.* puede autorizarse y, en su caso, en qué términos.

Concluido en el Fundamento anterior que la pretensión de la empresa adjudicataria requiere autorización administrativa, hemos de examinar ahora si, atendiendo a la información obrante en el expediente, esa autorización es posible y, en su caso, qué términos.

Responder a esta cuestión exige indagar el alcance del negocio jurídico que entraña la operación de constitución de una nueva sociedad en la que participan como socios, entidades mercantiles titulares de sendas concesiones de emisoras de radio en F.M., puesto que, a través de esa vía, pueden burlarse, en fraude de ley, algunos de los requisitos establecidos en la D.A. 6ª de la L.O.T. y en el Decreto 44/1997, de 29 de agosto, en cuanto a la titularidad o participación en el capital de sociedades que exploten servicios de radiodifusión.

Desde esta perspectiva, debemos analizar si la constitución de la nueva sociedad mercantil tan sólo supone, como afirma el antes citado letrado en su informe jurídico, una mera asociación de medios para la explotación conjunta de los correspondientes títulos

concesionales de emisoras F.M. que formalmente no se transmiten y que es indiferente en términos de modificación de la titularidad dominicales, o, por el contrario, subyace en esa operación - por la participación de las sociedades mercantiles titulares de aquellas concesiones en el capital social de la nueva sociedad constituida para la explotación de emisoras de radio en la Comunidad Autónoma de La Rioja-, un dominio indirecto de la sociedad concesionarias a través de la explotación del servicio concedido, que permite burlar las limitaciones subjetivas en cuanto a la titularidad y la participación accionarial de las sociedades adjudicatarias establecida en la normativa de radiodifusión.

Esto último es lo que, a juicio de este Consejo Consultivo, se produce en la actividad proyectada objeto de comunicación por *N.R., S.A.* de creación de una sociedad mercantil para explotar, en asociación de medios con los de *R.P., S.A.-C.*, las emisoras que dichas sociedades tienen concedidas.

En efecto, la nueva sociedad mercantil constituida es, *de facto*, una sociedad participada por aquellas dos sociedades (con desigual participación, como ha quedado recogido en el Antecedente de Hecho Decimotercero), dado que la participación de *C.M.C., S.A* no deja de ser simbólica. El capital social, distribuido en acciones nominativas es desembolsado en dinero. Es cierto que no se aportan a la nueva sociedad los títulos concesionales, pero, como quiera que el objeto de la nueva sociedad es la explotación de emisoras de radio en la Comunidad Autónoma de La Rioja, a través de los actos de disposición que realice *C.D.M.R.D.L.R., S.A.*, se dispone, finalmente de la gestión de la emisora adjudicada a *N.R..S.A.*

Tras la constitución de *C.D.M.R.D.L.R. S.A., R.P., S.A.-C.*, titular de tres emisoras de radio F.M. en La Rioja (*Logroño 98.9 Mhz., Logroño, 91.1 Mhz. y Alfaro 101.8 Mhz.*), posee, por su participación en aquella sociedad, un 71,42 por 100 del capital social de la sociedad que "*explota*" o gestiona la emisora *Logroño 97.7 Mhz.*. De esta manera dicha operación está incurso en las prohibiciones de la D.A. 6ª 1.d) de la L.O.T. -puesto que ya es titular de dos emisoras F.M. en Logroño- y en la de la D.A. 6ª 1. e) de la L.O.T., -puesto que participa mayoritariamente en más de una sociedad concesionaria que explota servicios que coinciden sustancialmente en su ámbito de cobertura.

Por su parte, *N.R., S.A.* pasa a explotar la publicidad de aquellas emisoras, fuente de sostén económico y garantía de independencia de las mismas, mediante la mercantil *R.M., C.M.P, S.A.U.*, participada al 100 % por *N.R., S.A.*

Como queda de manifiesto, no hay transmisión formal de los títulos concesionales, pero, a través de la actividad de la nueva sociedad constituida, se tiene un dominio sobre la gestión de las emisoras concedidas, cuya titularidad formal corresponde a las mismas entidades. Esta situación, como queda señalado incurre en las prohibiciones establecidas en

la D.A. 6ª.1 de la L.O.T. y altera el panorama radiofónico tenido en cuenta en el momento de la adjudicación de las nuevas emisoras de F.M..

Parecería que la finalidad perseguida con la constitución de la nueva sociedad no es otra que burlar las limitaciones y prohibiciones establecidas en la L.O.T. y en el Decreto 44/1997, para evitar la concentración de medios radiofónico y, de ser ello así, constituiría, bien una actuación en fraude de ley, en cuanto que la constitución legítima de una sociedad, sirve para eludir las prohibiciones cualitativas y cuantitativas establecidas en la legislación de radiodifusión, lo que obligaría a aplicar las normas que se han tratado de eludir, o, cuando menos un negocio indirecto o fiduciario, que obligaría, prescindiendo de la mera titularidad formal de la concesión, a atender a su titularidad real; todo ello sin olvidar el posible perjuicio a otros concurrentes a la convocatoria de adjudicación.

En conclusión, teniendo en cuenta el actual marco normativo vigente, la actividad sobre la que versa esta consulta no puede ser autorizada en los estrictos términos en que ha sido planteada, al ser titular *R.P., S.A.-C.*, de dos emisoras de F.M. y, si se autorizase, esta entidad incumpliría las prohibiciones establecidas en la D.A. 6ª, 1.d) y e) de la L.O.T.

CONCLUSIONES

Primera

La "*explotación*" por la sociedad mercantil *C.D.M.R.D.L.R., S.A.* de la gestión de la frecuencia de radio *F.M 97.7 Mhz.*, cuyo concesionario provisional es *N.R. S.A.*, constituye un acto dispositivo de los derechos derivados de una concesión, razón por la que requiere autorización administrativa previa, no siendo suficiente con la simple comunicación de la interesada a la Administración regional.

Segunda

De acuerdo con los requisitos establecidos en el Pliego de Cláusulas administrativas particulares y los compromisos suscritos libremente por los adjudicatarios para la gestión directa o mediante sociedad mercantil con capital mayoritario, los actos de disposición realizados van contra los actos propios, e incurrir en una causa de resolución de la concesión otorgada.

Tercera

El art. 7.1 párrafo segundo del Decreto 44/1997, está vigente y se ajusta a la legalidad,

de manera que los títulos concesionales de las emisoras de radio F.M. no pueden transmitirse hasta transcurridos dos años desde su otorgamiento. En el cuerpo de este informe se ha razonado, a mayor abundamiento, acerca de la legalidad de su contenido que cuenta con suficiente cobertura legal en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

Cuarta

La autorización no puede ser otorgada en los términos en que está planteada, puesto que, si así se hiciera, *R.P., S.A.- C.* incumpliría la prohibición de contar con más de dos emisoras F.M. que coinciden sustancialmente en su ámbito de cobertura (D.A. 6ª 1.d) de la L.O.T.), así como *N.R., S.A.*, incumpliría los compromisos suscritos, de gestión directa o de gestionar su concesión mediante una sociedad mercantil en la que tendría participación mayoritaria en su capital social.

Este es nuestro dictamen que emitimos, pronunciamos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.