

Las asociaciones sin ánimo de lucro pueden participar en los concursos para el otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual comercial

Confirma la Sala la sentencia que reconoció a la sociedad recurrente el derecho a participar en el proceso de concurrencia competitiva para la adquisición de licencias de comunicación audiovisual comercial, aunque fuera una asociación sin ánimo de lucro.

Basa el Tribunal su fallo en que ni la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual, ni la LO 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación, excluyen que las asociaciones sin ánimo de lucro puedan prestar servicios audiovisuales de carácter comercial y, en consecuencia, presentarse a los concursos para adjudicación de licencias de estas características. Y ello con independencia de que exista la posibilidad de que puedan también prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro para atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales en los términos previstos en el art. 32 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección 3.ª

Sentencia 375/2024, de 04 de marzo de 2024

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 3821/2022

Ponente Excmo. Sr. DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

En Madrid, a 4 de marzo de 2024.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número 3821/2022, interpuesto por el Letrado del Principado de Asturias, contra la sentencia de 10 de febrero de 2022, dictada por la Sección Única de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo en el recurso ordinario n.º 873/2020.

Ha intervenido como parte recurrida el procurador don Antonio Sastre Quirós en nombre y representación de la Asociación de Emplazamientos y Comunicación Nueva Esperanza, bajo la dirección letrada de don Jaime Rodríguez Díez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Letrado del Principado de Asturias interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictada en el recurso 873/2020 por la que estimó el recurso interpuesto por la "Asociación Emplazamiento y Comunicación Nueva Esperanza" contra la desestimación presunta del recurso de alzada y contra la resolución expresa posterior de 26 de enero de 2021 de la Consejería de Ciencia, Innovación y Universidad que desestima de forma expresa el recurso de alzada interpuesto frente al Acuerdo de la Mesa de Valoración de 5 de agosto de 2020 por el que se acordó la exclusión de la entidad recurrente

del concurso para el otorgamiento de licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual televisiva de ámbito local del Principado de Asturias.

SEGUNDO. Mediante Auto de 2 de febrero de 2023 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y, a la luz del artículo 20.1 de la Constitución Española, las entidades sin ánimo de lucro pueden ser titulares de licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de carácter comercial y, por tanto, participar en los concursos de licencias de esta clase.

TERCERO. El recurso aduce, en síntesis, lo siguiente:

Si bien la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, ha resultado derogada por la actual Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, ésta sigue contemplando las organizaciones o entidades privadas sin ánimo de lucro como prestadoras exclusivamente del servicio de comunicación audiovisual televisivo o radiofónico comunitario sin ánimo de lucro, al tiempo de definir éste en el apartado 15 de su artículo 2, de modo que, el hecho de que su art. 49, el específicamente dedicado al "Servicio de comunicación audiovisual televisivo comunitario sin ánimo de lucro prestado mediante ondas hertzianas terrestres", no haga ahora expresa referencia a ellas, no determina que su entrada en vigor haya devaluado el interés casacional de que se entendió investida la cuestión controvertida, a saber, si pueden ser, además, titulares de licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de carácter comercial y, por tanto, participar en los correspondientes concursos.

Considera que no podían ser titulares de licencias comerciales antes, cuando estaba en vigor la Ley 7/2010, y tampoco pueden serlo ahora, con la Ley 13/2022, por cuanto, si bien ninguna de ambas contiene efectivamente ninguna exclusión expresa de este tipo de entidades en orden a acceder a la titularidad de licencias para prestar el servicio de comunicación audiovisual (véanse respectivamente sus arts. 25 y 24), no lo es menos que el mismo carácter "no económico" característico del prestado sin ánimo de lucro (art. 3.2 c) de la Ley 7/2010 y aptdo. 15 del art. 2 de la Ley 13/2022) que explica que solo las entidades sin ánimo de lucro puedan acceder a los concursos para la concesión de este tipo de licencias (art. 32 de la Ley 7/2010 y, de nuevo, aptdo. 15 del art. 2 de la Ley 13/2022), las inhabilita a su vez para ser titulares de las de carácter comercial, sin necesidad por tanto, de ninguna exclusión expresa.

No se trata por tanto de que las entidades sin ánimo de lucro no estén legalmente excluidas de los concursos de licencias para prestar el servicio de comunicación audiovisual, cuanto de que el carácter económico que caracteriza a éste determina que no sea susceptible de ser prestado por ellas, no dejando de constituir una excepción a esta regla la habilitación expresa que para el servicio de comunicación audiovisual televisivo comunitario sin ánimo de lucro se establecía en el art. 32 de la anterior Ley 7/2010 y que, ahora, viene a disponer el art. 2.15 de la actual General de la Comunicación Audiovisual.

Efectivamente, aun cuando quepa sostener que las entidades sin ánimo de lucro no están impedidas de desarrollar toda a actividad económica, en el sentido a que se refiere el art. 13.2 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, ésta no puede presentar carácter principal, de manera que su desarrollo desnaturalice la asociación asemejándola a una entidad mercantil. La explotación de servicios de comunicación audiovisual televisiva mediante ondas hertzianas tiene sin embargo carácter de actividad económica principal. Todo ello lleva a concluir que no puede constituir una actividad remunerada accidental llevada a cabo por una entidad sin ánimo de lucro que pueda mantener tal condición.

El apartado 1 del citado artículo 13 de Ley Orgánica reguladora del derecho de asociación, dispone que "[l]as asociaciones deberán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades". Pues bien, es precisamente esta legislación específica la que entendemos que en este caso impide que puedan acceder a prestar unos servicios caracterizados precisamente por su contenido económico, y contrapuestos por ello a los de carácter no lucrativo.

Se compadece mal que las mismas entidades que, por no tener ánimo de lucro, tienen reservado servicio de comunicación audiovisual televisivo comunitario sin ánimo de lucro, puedan acceder también a licencias para el servicio de comunicación audiovisual televisivo que, precisamente por su carácter económico, están concebidas para reportar un lucro a quien lo presta, con el efecto añadido de que, al poner en el centro del objetivo la promoción de la concurrencia, se acaba dando en realidad a estas entidades una posición de ventaja, pues así como ellas pueden acceder a los dos tipos de licencias, el resto de los operadores únicamente podrían optar a las comerciales. De ser así, carecerían además de sentido las cautelas en relación con la gestión económica y financiera establecidas en el aptdo. 6 del art. 32 de la Ley 7/2010, respecto de este tipo de entidades, para cuando son prestadoras servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro (justificación de la procedencia de los fondos, desglose de ingresos y gastos, limitación a 100.000 euros anuales de los gastos de explotación [...]).

Lo que ha pretendido el legislador es posibilitar excepcionalmente su prestación por parte de ellas, habida cuenta de la genérica exclusión de las comunicaciones audiovisuales sin carácter económico del ámbito de aplicación de la Ley dispuesta, antes de forma expresa por el art. 3.2 c) de la Ley 7/2010, e implícitamente ahora por el art. 2.1 de la actual Ley 13/2022, al caracterizar los servicios de comunicación audiovisual, sin excepción, por la emisión de comunicaciones comerciales.

La norma general consistiría en que la Ley, únicamente resulta de aplicación a las comunicaciones audiovisuales de carácter comercial, quedando, por tanto, excluidas las carentes de carácter económico desarrolladas por entidades sin ánimo de lucro, que solo pasarían por tanto a estar encuadradas en su ámbito de aplicación tratándose de servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro. No se trata, por tanto, de que la LGCA no excluya a las entidades sin ánimo de lucro de los servicios de comunicación audiovisual de contenido económico, cuanto de que tal exclusión es innecesaria desde el momento en que todos los servicios de comunicación audiovisual tienen, por definición, contenido económico. De ahí la necesidad de contemplar expresamente la posibilidad de que presten los de carácter comunitario no lucrativo.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 27 de febrero de 2024, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de casación impugna la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (recurso 873/2020) por la que estimó el recurso interpuesto por la "Asociación Emplazamiento y Comunicación Nueva Esperanza" contra la desestimación presunta y contra la resolución expresa posterior de 26 de enero de 2021 de la Consejería de Ciencia, Innovación y Universidad que desestima de forma expresa el recurso de alzada interpuesto frente al Acuerdo de la Mesa de Valoración de 5 de agosto de 2020 por el que se acordó la exclusión de la entidad recurrente del concurso para el otorgamiento de licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual televisiva de ámbito local del Principado de Asturias.

La Administración, en el curso de proceso selectivo, requirió a la Asociación para que aportase el certificado expedido por el órgano de gobierno de las personas jurídicas sobre la composición y

estructura de su capital social. La Asociación, al no tratarse de una sociedad mercantil, no aportó dicha documentación y la mesa de valoración acordó excluirla por carecer de aptitud para acceder a licencias de carácter comercial al tratarse de una entidad sin ánimo de lucro, de las previstas en el artículo 32 de la Ley General de Comunicación Audiovisual, estando el presente concurso destinado a ofrecer licencias disponibles susceptibles de explotación comercial de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de televisión digital local.

La sentencia impugnada reconoció a la sociedad recurrente el derecho a participar en el proceso de concurrencia competitiva y valorando su oferta en los términos fijados en las Bases de la convocatoria, con retroacción del procedimiento de concurrencia competitiva para la adquisición de licencias de comunicación audiovisual comercial.

SEGUNDO. La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión, en determinar si de conformidad con las previsiones contenidas en el artículo 32 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y, a la luz del artículo 20.1 de la Constitución Española, las entidades sin ánimo de lucro pueden ser titulares de licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de carácter comercial y, por tanto, participar en los concursos de licencias de esta clase.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual -actualmente derogada por la disposición derogatoria única de la ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual-aplicable por razones temporales excluye de su ámbito de aplicación (art. 2.c) "Las comunicaciones audiovisuales sin carácter económico, a excepción de los servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro del artículo 32 de esta Ley [...]".

En esa misma norma se permite que las entidades sin ánimo de lucro tengan la posibilidad de prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro, sometidos a un régimen especial contemplado en el art. 32 en el que se afirma "1. Las entidades privadas que tengan la consideración legal de entidades sin ánimo de lucro podrán prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro para atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales, así como para fomentar la participación ciudadana y la vertebración del tejido asociativo. En todo caso, dichos contenidos se emitirán en abierto y sin ningún tipo de comunicación audiovisual comercial".

Y, a tal efecto, establece para este servicio un régimen especial contenido en el art. 2 y 32 de dicha norma, en el que los contenidos se emitirán en abierto y sin ningún tipo de comunicación audiovisual comercial, la licencia no podrá ser objeto de transmisión ni arrendamiento y las entidades prestadoras de estos servicios deberán justificar la procedencia de sus fondos, así como el desglose de gastos e ingresos, si los hubiere. La autoridad audiovisual establecerá un sistema de evaluación de gestión financiera y un registro específico para el depósito de su memoria económica. Salvo autorización expresa de la autoridad audiovisual sus gastos de explotación anuales no podrán ser superiores a 100.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual televisiva y de 50.000 euros en el caso de los servicios de comunicación audiovisual radiofónica.

Por ello, si una asociación sin ánimo de lucro pretende obtener una licencia de comunicación audiovisual para prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro que pretendan atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales, deben de solicitar una licencia de estas características, y la Administración General del Estado "debe garantizar en todo caso la disponibilidad del dominio público radioeléctrico necesario para la prestación de estos servicios" (art. 32.2 de la Ley de comunicación audiovisual).

Pero este no es el supuesto que nos ocupa. La Asociación recurrente no solicitó una licencia para prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios, ni concurrió a este concurso con este fin. La empresa participó en un concurso público para el otorgamiento de licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de carácter comercial, cuyas bases se aprobaron por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de enero de 2020.

La cuestión litigiosa se centra en determinar si una asociación sin ánimo de lucro puede participar en un concurso para la adjudicación de una licencia de explotación audiovisual de carácter comercial. Y caso de admitirse esta posibilidad, cabe preguntarse si una asociación con ánimo de lucro puede realizar actividades comerciales y con que límites.

El art. 3 apartado segundo de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, excluye del ámbito de aplicación de esta Ley "las comunicaciones audiovisuales sin carácter económico", a excepción de los "servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro del artículo 32 de esta Ley", pero ello no excluye que las asociaciones no lucrativas presten servicios audiovisuales de carácter comercial.

Tampoco la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, excluye que las asociaciones, incluidas las que carácter no lucrativo, puedan realizar actividades de carácter comercial. De hecho, el artículo 13 de dicha norma establece que "Las asociaciones deberán realizar las actividades necesarias para el cumplimiento de sus fines, si bien habrán de atenerse a la legislación específica que regule tales actividades". Y en su apartado segundo contempla la obtención de beneficios y el destino de los mismos cuando se realiza una actividad lucrativa afirmando que "los beneficios obtenidos por las asociaciones, derivados del ejercicio de actividades económicas, incluidas las prestaciones de servicios, deberán destinarse, exclusivamente, al cumplimiento de sus fines, sin que quepa en ningún caso su reparto entre los asociados ni entre sus cónyuges o personas que convivan con aquéllos con análoga relación de afectividad, ni entre sus parientes, ni su cesión gratuita a personas físicas o jurídicas con interés lucrativo".

Por ello, de acuerdo con la legislación vigente, las asociaciones, también las que no tienen ánimo de lucro, puede realizar actividades económicas en el cumplimiento de sus fines, siempre y cuando los posibles beneficios que obtengan se destinen a los fines propios de la asociación y no se repartan entre los asociados a modo de dividendos. Ello no impide que dicha asociación pueda tener un plan de explotación para competir con otras sociedades mercantiles con ánimo de lucro que pretendan prestar el servicio de comunicación, obteniendo la licencia correspondiente.

Las Bases de la convocatoria, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de enero de 2020, prevé en la Base 3 los requisitos para ser titular de una licencia y ninguno de ellos impide o resulta incompatible con la posibilidad de que las asociaciones sin ánimo de lucro puedan concurrir al concurso.

Las bases establecen los requisitos procedimentales para tomar parte en el concurso, y en la Base 8, referida a la documentación administrativa que ha de presentarse, se prevé la aportación del "Certificado expedido por el órgano de gobierno de las personas jurídicas sobre la composición y estructura de su capital social, conforme al anexo III". La Asociación no pudo presentar este documento ya que no tiene una forma mercantil, pero ello no puede implicar que se le excluya su participación, ya que, al igual que otros requisitos, la documentación que deben aportar dependerá de la normativa que le sea aplicable. Y ello, sin perjuicio de que la Asociación, al igual que los restantes licitadores, deberá acreditar la solvencia técnica y económica y los recursos de los que dispone para explotar la licencia correspondiente, incluyendo un plan de negocio y viabilidad económica financiera, en los términos exigidos por la Base 9 II. b) y que se valorará conforme dispone la base 11.

No se advierten, por tanto, razones que permitan excluir a dicha asociación del concurso convocado y por ello procede desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia impugnada.

Procede, por lo tanto, desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia impugnada.

TERCERO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada debe afirmarse que ni la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, ni la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación excluye que las asociaciones sin ánimo de lucro puedan prestar servicios audiovisuales de carácter comercial y, en consecuencia, presentarse a los concursos para adjudicación de licencias de estas características. Y ello con independencia de exista la posibilidad de que puedan también prestar servicios de comunicación audiovisual comunitarios sin ánimo de lucro para atender las necesidades sociales, culturales y de comunicación específicas de comunidades y grupos sociales en los términos previstos en el art. 32 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual.

CUARTO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero:

Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Letrado del Principado de Asturias contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictada en el recurso 873/2020, sin hacer condena de las costas del recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.