



Roj: **STSJ GAL 4711/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:4711**

Id Cendoj: **15030330022017100317**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **22/06/2017**

Nº de Recurso: **4651/2013**

Nº de Resolución: **313/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA AZUCENA RECIO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.2

A CORUÑA

SENTENCIA: 00313/2017

Procedimiento Ordinario nº 4651/2013

EN NO MBRE DEL REY

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

ILMOS. SRS.

D. JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA - PTE.

D. JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ

D^a. MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ

En la ciudad de A Coruña, a 22 de junio de 2017.

En el recurso contencioso-administrativo que con el número 4651/2013 pende de resolución en esta Sala, interpuesto por la Procuradora D^a. Raquel Ceinos Real, en nombre y representación de la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España, asistida del Letrado D. Jaime Rodríguez Díez; contra la resolución de 5 de agosto de 2013, acordada por la Secretaría General de Medios, en la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 1 de agosto de 2013, por el que se resuelve el concurso de otorgamiento de licencias para la prestación del servicio de comunicación radiofónica de titularidad privada en la comunidad autónoma de Galicia; impugnación que afecta al contenido del acuerdo del Consello de la Xunta celebrado el 1 de agosto de 2013. Es parte demandada la Secretaría General de Medios, representada y dirigida por el Letrado de la Xunta de Galicia; y codemandada Iniciativas de Promoción y Prensa Comarcal -Procurador D. Luis Sánchez González; Faro de Vigo -Procuradora D^a Raquel Iglesias Regueira y Letrado D. Juan José Yarza Urquiza; Agrupación Radiofónica -Procuradora D^a María del Carmen Camba Méndez; Unidad Editorial, Información Deportiva -Procurador D. Rafael Pérez Lizarriturri; Letrado D. José Manuel Villar Uribarri; Radio Popular S.A., Cope -Procurador D. José Antonio Castro Bugallo; Letrado D. José Manuel Villar Uribarri; y Radio Coruña S.L. -Procuradora D^a Elena Miranda Osset y Letrado Sr. Bouza Fernández. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante decreto se admitió a trámite el recurso, requiriéndose a la Administración demandada para que remitiera el expediente.



SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación se acuerda su entrega a la parte demandante para que formulara la demanda en el plazo de 20 días, efectuándolo e interesando en el suplico que se tenga por formalizada y se dicte sentencia por la que estimando el recurso se declare no ser conformes a derecho el acuerdo recurrido, la resolución y los acuerdos posteriores derivados de la misma, anulándolos, decretando la retroacción del expediente administrativo a fin de que la mesa de valoración proceda a la completa valoración de los apartados de las bases de la convocatoria y una vez verificado, continúe el procedimiento.

TERCERO.- Por diligencia se tuvo por presentada la demanda y se dio traslado a la demandada para que contestara a la misma en el plazo de 20 días, lo cual efectuó interesando en el suplico que se desestimara el recurso, confirmando la resolución impugnada.

CUARTO.- Se fijó la cuantía del recurso en indeterminada y se acordó el recibimiento del pleito a prueba, declarándose la pertinencia de la prueba propuesta, consistente en documental y pericial y dándose traslado a la parte demandante para que presentara escrito de conclusiones así como a la demandada, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo mediante providencia y señalándose el día 18 de mayo de 2017 para deliberación, que fue levantada para señalar el 15 de junio de 2017.

QUINTO.- En la substanciación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente la Magistrada D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El objeto del presente recurso lo constituye la resolución de 5 de agosto de 2013, acordada por la Secretaría General de Medios, en la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 1 de agosto de 2013, por el que se resuelve el concurso de otorgamiento de licencias para la prestación del servicio de comunicación radiofónica de titularidad privada en la comunidad autónoma de Galicia; impugnación que afecta al contenido del acuerdo del Consello de la Xunta celebrado el 1 de agosto de 2013.

Se refiere en la demanda que se trata de la convocatoria de concurso de otorgamiento de licencias de comunicación radiofónica de titularidad privada de la comunidad autónoma de Galicia. Los criterios de valoración de méritos figuran en los pliegos. Se refiere a la falta de una declaración responsable sobre la independencia de los profesionales. Respecto de la especial valoración de la experiencia de los licitadores, que se ha alterado el criterio para favorecer a unos pocos, en el apartado de la experiencia. En las bases no se asocia la experiencia a la obtención en concursos anteriores de licencias de radio ni televisivas, base 11, de forma que el informe crea un criterio nuevo. Se han alterado los criterios tras la apertura del sobre 2 - se remite a las bases 11 y 15-, cuando las ofertas se realizaron en atención a estas bases. En el criterio 1.1 consta en las bases cómo se valora y en la valoración se ha alterado. El criterio 1.2, sobre el uso del gallego, se modificó la valoración y se da la misma puntuación o incluso más a quien ofrece menos información en gallego, por lo que se ha alterado el criterio de valoración. Criterio 1.3, fomento y defensa de la cultura, los valores e intereses de Galicia, se altera la valoración. Criterio 1.6, programación de interés para la zona, se modifica la valoración adjudicando puntos por tener un target de audiencia por encima de 33 años; critica cómo se valoran la programación local, las horas, puesto que con el mismo contenido se valoran de forma diferente las ofertas de distintas empresas. Criterio 1.7, aportaciones a la programación de radiodifusión, se altera la valoración, la singularidad no se contempla en las bases; se otorga buena puntuación por crear códigos deontológicos o por incluir profesionales de radio o por el tiempo dedicado al target infantil y juvenil y de programación social. Errores manifiestos en las ofertas que la mesa de valoración omitió detectar, en la programación, penalización a la demandante en el apartado 1.1; la base 11, A.1, dice cómo han de describirse los programas, casi ninguno de los adjudicatarios de Carballo y Vilagarcía, cumple, la demandante sí, y hay contradicciones al valorar, en el tema de la programación que se ofrece. Critica el informe del vocal de la mesa por no valorar ni hacer un análisis crítico. Falta de motivación al asumir el informe la mesa. Se refiere a la experiencia previa en la jurisprudencia, de forma que hay que diferenciar dos fases: selección de los contratistas y adjudicación del contrato; los criterios de selección, como la experiencia, no se pueden utilizar como criterios de adjudicación; se vulnera la libre concurrencia, no es un criterio de adjudicación sino un elemento previo; la experiencia figura como criterio de adjudicación en el pliego y eso es contrario a la normativa de contratación y esa experiencia previa se valora en el PO 4766/2012. Concretas vulneraciones del ordenamiento en relación con la presente pretensión impugnatoria; insiste en lo anteriormente expuesto, y vulneración del principio de igualdad, todo en relación con la valoración de la experiencia; se vulnera el artículo 8 de la Ley 33/2003, artículo 27.1 de la LGCA, el artículo 139 del TRLCSP, la exposición de motivos de la LGCA, el artículo 3.5 de la Ley 30/1992 -principio de participación- y el artículo 3.1 de la misma; la mesa no puede modificar las bases del concurso; vulneración de las bases 11 y 15 del pliego por no tener en cuenta los criterios de la convocatoria; del artículo 4.1 de la



LGCA al no contemplar el pluralismo informativo en los medios radiofónicos de Galicia y no dar acceso a las nuevas iniciativas radiofónicas y arbitrariedad por tramsutar los parámetros de valoración del pliego. Nulidad al hacer caso omiso a los errores manifiestos de los hechos anteriormente descritos, dando lugar a ofertas imposibles de valorar por temerarias y penalizar selectivamente a la demandante; los errores manifiestos inciden aún más en la falta de motivación ya existente, agravio comparativo; nulidad de la adjudicación a favor de licitadoras que presentaron ofertas abiertamente anormales o desproporcionadas y de imposible cumplimiento, la Administración debió otorgar un plazo de aclaración de semejantes ofertas; principio de proporcionalidad, no se puede valorar una oferta realizada artificialmente imposible de llevar a la práctica; Libertad Digital, emite desde Madrid, no va a cumplir el 75% de la programación en gallego; cantidades muy elevadas de previsiones económicas de Radio Popular; Radio Publi ofrece una irrealidad del 100% en gallego, por lo que tuvo que darles 0 puntos o bien permitir aclaraciones; infracción del principio de igualdad; invalidez del acuerdo de adjudicación por infracción del artículo 54 de la Ley 30/1992 al no motivarse; la infracción denunciada determina a su vez la vulneración del artículo 24 de la CE y de su artículo 106 al comprometer la posibilidad de control judicial del ejercicio de la potestad de adjudicación del concurso; especial relevancia en la exigibilidad de la motivación, del desarrollo del proceso de evaluación y del resultado de aplicar los criterios objetivos de valoración de las bases. Los informes de los expertos carecen de validez por su emisión antes de la actuación de los órganos que habían de considerarlos para su decisión; el informe ha de ajustarse a los criterios de evaluación predeterminados, cuando solo valora algunos e introduce otros; y porque no se dicen los criterios que se han seguido ni se explica el porqué de la decisión -admite que hay una pequeña explicación-. El informe del técnico de la mesa carece de contenido evaluador y ponderador -documento 30 del expediente-, no evalúa y no matiza. Imposibilidad de que el concurso se adjudique por mera remisión a informes técnicos elaborados por personal externo de la Administración, asunción acrítica, arbitrariedad y nulidad del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, sin justificar la ausencia de expertos en la Administración; nula labor de la mesa que se limitó a sumar puntos en base a los informes pero que no valora; interpretación incorrecta de la base 10 porque con su forma de actuar están delegando el voto. Caso radicalmente opuesto al examinado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 29 de julio de 2013; para que sean válidos los informes, según esta sentencia, han de haber sido emitidos con anterioridad a la actuación de los órganos que habían de considerarlos para su decisión; el informe ha de ajustarse a los criterios de valoración; los resultados han de ir precedidos de una valoración. Señala a título de ejemplo elementos por los que se beneficia a empresas y se perjudica a la demandante -como por la promoción de los valores gallegos; por la creación de códigos deontológicos; etc-. Con los informes no se facilitan a la mesa esos conocimientos técnicos de que precisa. Falta de motivación de la resolución y la imposibilidad de satisfacer una motivación in aliunde, se trata de documentos sin motivación que solo contienen puntos. Nulidad del acuerdo por infracción de las bases al resultar inconsistente la adjudicación que se hace y la propuesta de la mesa con respecto a lo ofertado por los adjudicatarios; se remite a su informe pericial; vulneración de las bases del concurso por falta de motivación y porque los puntos asignados no se corresponden con el examen real de las ofertas, valoración errónea y arbitrariedad. Invalidez de la adjudicación por infracción de las bases del concurso en una clara concurrencia de desviación de poder, arbitrariedad y mala fe de la Administración; anulabilidad del artículo 63 de la Ley 30/1992; lo deduce de las arbitrariedades en la baremación de méritos; irregularidades en el expediente; distinto rasero al valorar a cada empresa, intencionadamente, y que se ha hecho para reducir los nuevos puntos del dial, eliminar propuestas locales independientes, cerrar la entrada a emisoras sin acuerdos, oprimir el gallego; que es de aplicación el principio de confianza legítima y de buena fe en las reglas del concurso. Nulidad por infracción del principio de igualdad en relación con el derecho fundamental de libertad religiosa, quiebra del artículo 4 de la LGCA, discriminación y condena a la ilegalidad de las emisiones cristianas no católicas, se infringe el principio de igualdad en relación con la libertad religiosa y de culto, artículos 14 y 16.2 CE; se ha comprometido la intervención administrativa tendente a garantizar la neutralidad de acceso de emisiones de cualquier confesión religiosa; se incumple el deber de imponer el pluralismo de culto en los medios; se infringe el deber de motivación y se niega a las comunidades no católicas el ejercicio del derecho de acceso a las licencias radiofónicas.

En cuanto a la fundamentación jurídica de la demanda, se insiste en la nulidad de la adjudicación por prescindirse del procedimiento regulado para la formación de la voluntad de la mesa de valoración, no quedando revestido de las garantías legales necesarias; no se justifica la intervención de terceros ni el procedimiento selectivo; inviabilidad jurídica de la contratación de profesionales externos que asesoren a la mesa de valoración cuando no hay constancia de la falta de personal capacitado; inviabilidad jurídica de la contratación de técnicos externos cuando no hay expediente de contratación, la selección ha de ser por procedimientos que garanticen los principios de publicidad y concurrencia mediante el correspondiente expediente de contratación; no se garantiza su especialización profesional; infracción de la normativa de los contratos menores, hay que tramitar un contrato, hay que probar el gasto, y como los expertos carecen de la habilitación profesional, se incumple el artículo 138.3 del TRLCSP. Carencia de objetividad, de imparcialidad



de D. Juan Pedro , porque prestó servicios para el Ideal Gallego -folio 134, documento 24-, sociedad matriz de una entidad que recibió una licencia en Carballo y otra en A Coruña, de forma que trabajó para empresas a las que se adjudican las licencias al valorar sus proyectos. Invalidez por modificación sustantiva y sustancial de los criterios de valoración actuando la Administración en contra de sus propios actos, lo que da lugar a la nulidad del artículo 62.1 b) de la Ley 30/1992 , ya que la propuesta de adjudicación de la mesa es acogida por la Administración contradiciendo su propio actuar al desvirtuar y/o modificar las bases de la convocatoria aprobadas; modificación de los criterios de valoración de manera tal que no existe correlación alguna con la *lex contractus*, los criterios establecidos originariamente pasan a desaparecer, por la modificación de criterios de la comisión de expertos, sin explicación; improcedencia del cambio de criterio de valoración conforme a la jurisprudencia; valoración no conforme a las bases del concurso, y los criterios se fijan sobre la marcha, después de abrir el sobre nº 2, de forma que por las nuevas reglas de valoración se le quitaron puntos a la demandante; nuevas reglas de valoración: falta de licencias radiofónicas y televisivas obtenidas antes de la convocatoria en cuanto a la experiencia; no conexión con cadenas nacionales con un éxito contrastado previamente a la convocatoria; falta de programación netamente musical ya testada; no presentar la creación de códigos deontológicos y de un comité de ética profesional; son criterios que no se adecúan a la convocatoria. No se dan los presupuestos de la STS de 7 de junio de 2011, recurso 4270/2009 , con relación al desarrollo de criterios de valoración tras abrir el sobre 2, es un caso distinto porque en este caso ha habido discriminación en la aplicación de los criterios de valoración dado que se usa el criterio de la falta de licencias para gratificar a unas licitadoras y perjudicar a la demandante; deficiencia al darle 6,4 puntos en el criterio 1.1, mientras que a Radio Popular o a Libertad Digital se les otorgan 8 puntos aunque no cumplen. Por 10 horas semanales se da a Libertad Digital 3,2 puntos por el criterio 1.6, y a la demandante lo mismo por 144 horas. Porque por el uso del gallego se da a Libertad Digital 7 puntos por 23 horas semanales, solo 5,6 a la demandante por ofertar el 54% de las emisiones en gallego, cuando supone más horas y entiende que hay que tener en cuenta el tiempo de emisión total. La evaluación no se ajusta a los criterios fijados en las bases del concurso; errores manifiestos en la atribución de puntuaciones; propuestas imposibles, Radio Popular no hace un empleo del 100% del gallego; penalización errónea a la demandante en el criterio 1.1 por no presentar una programación en que la investigación sea el punto más fuerte, solo 6,4, mientras a Libertad Digital se le dan 8. En el punto 1.1 se da el máximo de 8 puntos a Agrupación Telefónica al ofrecer el 40% de programación informativa, igual que la demandante cuando solo se le da 6,4; lo máximo, 8 puntos, a Radio Publi, 6,4 a la demandante, por contrastados profesionales, cuando esa experiencia previa no está en el epígrafe. Propuestas imposibles como Radio Popular que ofrece previsiones de ingresos y gastos incoherentes, son ofertas insostenibles por su importe. Falta de correspondencia entre el contenido de las ofertas y las valoraciones que sustentan la resolución de adjudicación. Con relación a la sentencia del Tribunal Supremo que cita, se refiere a la modificación de los criterios de valoración tras abrir las plicas y declara la nulidad de la adjudicación si no se han aplicado a todos los concursantes los mismos criterios, si la evaluación no se ajusta a los criterios de las bases o si hay dolo, coacción o error manifiesto. Cita las disposiciones que considera vulneradas; principio de concurrencia e igualdad de oportunidades; de la base 15 por no evaluar las proposiciones de acuerdo con los criterios de valoración; la base 11 al puntuar ofertas muy favorablemente con fichas de programación que no se ajustan a lo dispuesto en ellas; inaplicación de los criterios de valoración de las bases, base 3, no se señala normativa por la que se sanciona a la demandante, no se dice que incumpla nada al proponer una productora distinta de las cadenas nacionales. Infracción del artículo 3.1 de la Ley 30/1992 al variar la mesa de contratación las bases del concurso. De los principios de transparencia e igualdad al variar los criterios tras abrir los sobres nº 2. Invalidez de la adjudicación al acudir a un criterio sustentado en las licencias previas como experiencia para valorar las ofertas sin que se refleje en las bases; la implantación y experiencia de las emisoras no puede ser un criterio de valoración sino de capacidad, atribución de méritos de una empresa a todas las ofertas; valoradas en una localidad no se pueden valorar de nuevo en otra; la experiencia no es un criterio de adjudicación, es previo, es un requisito de capacidad; no se puede valorar una licencia fuera de Galicia porque la competencia de la mesa es para valorar la licencia solo en Galicia. Agravio comparativo: la valoración no se ajusta a las bases; las bases no asocian la experiencia y/o capacidad a la obtención en anteriores concursos de licencias de radio, menos aún televisivas. Base 11, D, no contiene el criterio de que se distribuyan los puntos según se tuvieran o no licencias y por ello se le han quitado 5 puntos a la demandante por no tener antes licencia, y se han dado 8 puntos a empresas con licencia anulada por el Tribunal Supremo, que anuló el concurso parcialmente; se dan 10 puntos a las empresas con licencias fuera de España. Afirma que participar en el concurso no supone aceptar la ilegalidad de sus bases.

SEGUNDO.- Ha de limitarse la impugnación del presente recurso en el sentido de que la legitimación de la parte demandante ha de quedar circunscrita a las adjudicaciones en que participa la misma, en Carballo y Vilagarcía de Arousa, en total se trata de seis licencias, por lo que sus pretensiones han de circunscribirse a las mismas. Lo que pretende es la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas. Ello, además, al margen de que la parte demandante lo que interesa es la retroacción de actuaciones, de forma



que serían irrelevantes las alegaciones pretendiendo dejar sin efecto la puntuación dada a otras participantes en el concurso en determinados apartados de las bases. En cualquier caso, y examinando la documentación obrante en las actuaciones, y con relación a la alegación referente a que por 10 horas/semanales, base 1.6, a Libertad Digital se le atribuyeron 3,2 puntos y a la demandante 3,2 por 144 horas; lo cierto es que en la base 1.6 no solo se valoran las horas dedicadas. Con relación a la utilización del idioma gallego, a Libertad Digital 7 puntos por 23 horas/semanales, 5,6 a la demandante, por el uso del 54% del gallego, y Radio Popular no emplea el 100% del gallego; lo que se valora no es solo el porcentaje del uso del gallego sino el cumplimiento de los objetivos de la ley de normalización lingüística. En todo caso, Libertad Digital es una de las adjudicatarias y contempla un 75% de emisión en gallego. No procede analizar el cumplimiento o no futuro que se haga de las ofertas, que en su día se verificará y podrá dar lugar a las consecuencias que legalmente procedan. En todo caso, la demandante solo ofreció un 54% de emisión en gallego. En el punto 1.1, investigación, 6,4; a Libertad Digital 8; lo cierto es que no consta la investigación de la demandante. 1.1, Agrupación Telefónica, 8, por el 40% y a la demandante solo 6,4; resulta que Agrupación telefónica no es adjudicataria, por lo que carece de relevancia la alegación. Contrastados profesionales, 8 a Radio Publi, 6,4 a la demandante; no hay constancia de esos contrastados profesionales en la demandante, de ahí la diferencia de valoración entre ambas. Como se valora la experiencia, es lógico que no se circunscriba a la que se tenga en Galicia sino en general puesto que lo que se valora es la experiencia real, en la práctica. No hay constancia de la obligación de la declaración responsable de la independencia de los profesionales. Con relación a que se hayan alterado los criterios tras abrir el sobre 2, lo cierto es que si se han aplicado los criterios por igual a todos los participantes, no es una causa de nulidad, conforme establece la jurisprudencia. Con relación a la Base 11, A.1, que dice cómo describir los programas y que nadie cumple salvo la demandante, y que hay ofertas temerarias; de las alegaciones de la parte demandante se deduce que a lo que se refiere es a lo que ocurra en el futuro, puesto que falta una prueba objetiva sobre esa imposibilidad de cumplir, sin perjuicio de las consecuencias a que ello dé lugar. En todo caso, no se vio imposibilitada, la Administración, de valorar las ofertas tal y como fueron presentadas. Con relación a la base 3, la demandante puede proponer una productora distinta a las cadenas nacionales. Con relación al gallego, hay que tener en cuenta, respecto a las alegaciones de la demanda de que no se cumple, las desconexiones. Dice la demandante que no se justifica por la Administración la ausencia de expertos dentro para necesitar acudir a expertos de fuera. En realidad se justifica dicha solicitud en el número de solicitudes y ante la complejidad de la documentación presentada, en atención a lo establecido en la base 12 de las bases de la convocatoria, es por ello que se solicitaron expertos externos, por la mesa de valoración, en cada una de las materias a analizar: programación, económica y tecnológica.

La experiencia se valora conforme establece el informe de la propuesta de programación y de la experiencia, en que se dice que se efectúa conforme a los criterios del apartado D de la cláusula 11 de las bases del concurso -se tiene en cuenta si el solicitante es titular de alguna licencia de FM; si no es titular de licencias de FM pero sí de otros servicios de comunicación audiovisual; y si el solicitante no es titular de ninguna licencia del servicio de comunicación audiovisual radiofónico ni del servicio de comunicación audiovisual televisivo en España. Y esto no es contrario a lo que dice la base: experiencia, hasta 10 puntos, se valorará la experiencia y/o capacidad del solicitante y de sus accionistas en la prestación del servicio de comunicación audiovisual radiofónica o en la gestión de otros servicios de comunicación audiovisuales o medios de comunicación en general. Bases que no fueron impugnadas.

Con relación a la religión, el artículo 4 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, referente al derecho a recibir una comunicación audiovisual plural, dispone que "1. Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de una pluralidad de medios, tanto públicos, comerciales como comunitarios que reflejen el pluralismo ideológico, político y cultural de la sociedad. Además, todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual se preste a través de una diversidad de fuentes y de contenidos y a la existencia de diferentes ámbitos de cobertura, acordes con la organización territorial del Estado. Esta prestación plural debe asegurar una comunicación audiovisual cuya programación incluya distintos géneros y atienda a los diversos intereses de la sociedad, especialmente cuando se realice a través de prestadores de titularidad pública.

Reglamentariamente se determinarán los requisitos y condiciones en que deberán prestarse los servicios audiovisuales de pago.

2. La comunicación audiovisual nunca podrá incitar al odio o a la discriminación por razón de género o cualquier circunstancia personal o social y debe ser respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres.

3. Los operadores de servicios de comunicación audiovisual promoverán el conocimiento y la difusión de las lenguas oficiales en el Estado y de sus expresiones culturales. En este sentido, los operadores de titularidad



pública contribuirán a la promoción de la industria cultural, en especial a la de creaciones audiovisuales vinculadas a las distintas lenguas y culturas existentes en el Estado.

4. La comunicación audiovisual debe respetar el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas y garantizar los derechos de rectificación y réplica. Todo ello en los términos previstos por la normativa vigente.

5. Todas las personas tienen el derecho a que la comunicación informativa se elabore de acuerdo con el deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información y a que sea respetuosa con el pluralismo político, social y cultural.

6. Todas las personas tienen el derecho a ser informados de los acontecimientos de interés general y a recibir de forma claramente diferenciada la información de la opinión". Y no se constata que se haya vulnerado el mismo. En todo caso, lo que no se contempla en las bases es una reserva para confesiones religiosas.

Con relación a la alegación, en referencia a la base 1.1, de alteración entre lo que dicen las bases y la valoración que se ha hecho en la realidad. La misma se refiere a la organización y contenidos de la programación, en síntesis: a la descripción de los objetivos, la indicación de los programas, días, horas, con referencia, entre otras cuestiones, al objetivo, audiencia a que se dirige, dinámica de funcionamiento, los invitados, expertos, anuncios, interés local, tipo de programa -local, informativo, etc.-; la explotación de una fórmula similar. Y es lo mismo que se indica en el informe del experto: se analiza la organización de los contenidos de la parrilla de programación, temática, franja horaria, interés para la zona de cobertura solicitada, distribución y tipos de espacios informativos, distribución horaria, singularidad/originalidad en las programaciones, especial interés en la programación local y sus contenidos. Y ello no se aprecia que sea algo contrario a las bases. En Carballo: la valoración fue buena para la demandante porque la oferta presentada contempla un 86% de información local. También lo fue para las adjudicatarias: oferta diversificada y alto porcentaje de información local, de La Capital Radio-TV S.L.; para La Opinión de La Coruña S.L., al ser una oferta con una programación equilibrada por contenidos y temáticas; para Libertad Digital, porque la investigación es el punto fuerte de la programación, con un fuerte porcentaje de contenidos informativos y de actualidad; y para Radio Coruña S.L., por la parrilla generalista/convencional con alto contenido local. Y en Vilagarcía, se valoró a la demandante que la oferta presenta un 86% de información local, y a la adjudicataria, Radio Publi S.L., que la oferta presenta una programación atractiva y diferenciada en cuatro grandes bloques, por lo que la valoración es muy buena. Por consecuencia se aprecia que se valora conforme a lo que dicen las bases. En concreto se tuvo en cuenta el alto porcentaje de contenidos informativos y de actualidad, y lo que se aprecia es que no tiene en cuenta la demandante la valoración completa. Con respecto a las valoraciones contradictorias: el pliego no dice lo que señala la demandante ni rechazan lo que dice el experto, y lo que manifiesta su perito tampoco es lo que señala el pliego. Todas las licencias son de ámbito local y no nacional y las bases no dicen que la preferencia sea de lo local sobre lo nacional. Se atiende a más de lo que considera la parte demandante, como al alto porcentaje de contenidos informativos y de actualidad. Y con relación a las valoraciones contradictorias, en concreto la valoración de la programación musical, en el pliego no se dice que haya que valorarlo menos, y en todo caso no señala el pliego que tenga que darse mayor valor a la programación informativa que a la musical.

Base 1.2, la valoración del gallego, se dice en la demanda que se altera la valoración que dicen las bases porque se da más puntuación a quien ofrece menos programación en gallego. En las bases se señala el porcentaje de emisión en gallego respetando los límites de la legislación vigente y los objetivos de la ley de normalización lingüística. El informe dice lo mismo. Y las adjudicaciones: en Carballo, a la demandante, solo ofrece un 54% de programación en gallego, valoración buena. Adjudicatarias: La Capital Radio-TV S.L.: la oferta contempla un 86% de programación en gallego, valoración muy buena. La Opinión de La Coruña S.L.: valoración muy buena porque ofrece un 90% de programación en gallego. Libertad digital: valoración muy buena porque contempla un 75 de emisión en gallego. Radio Coruña S.L.: valoración buena, como a la demandante, por ofrecer el 50% de la programación en gallego. Radio Marinada SLU: valoración muy buena por la emisión del 75% en gallego. Radio popular S.A. Cadena Cope: oferta con una programación del 10% (sic) en gallego, valoración muy buena. No resulta significativo porque además de admitir el error, no fue adjudicataria. En Vilagarcía: valoración buena por la oferta del 54% de la programación en gallego a la demandante; Radio Publi S.L. fue la adjudicataria, oferta en la parte local-autonómica del 100%, por lo que la valoración es muy buena. A partir de un porcentaje se cumple el exigido por el artículo 10.j) del Decreto 102/2012, que es lo tenido en cuenta.

Base 1.3. Igualmente considera la parte demandante que se altera la valoración. La base se refiere al fomento y defensa de la cultura, los valores e interés de Galicia. Se refiere a la especial incidencia del interés cultural, social o educativo del proyecto y su relación con las necesidades sociocultural del ámbito territorial de cobertura, la contribución a la distribución del patrimonio sonoro histórico de Galicia. En el informe se concreta en el mismo sentido. Carballo: a la demandante, valoración buena; a las adjudicatarias, lo mismo; muy buena para La Opinión de La Coruña S.L.. Vilagarcía: lo mismo para la demandante y para la adjudicataria. La



diferencia de valoración radica en la respuesta muy bien, o en la intención, o en respuesta correcta; y se no se valora la futura ejecución puesto que ello corresponde a la fase de ejecución del contrato.

Base 1.6, la demanda considera que se altera la valoración adjudicando puntos por tener un tarjet de audiencia por encima de 33 años y que se valoran de manera diferente las ofertas de diferentes empresas. En la base se refiere a la programación de interés para la zona y se dice que se valora de acuerdo con el contenido de la programación adaptado a los intereses y particularidades de la zona de servicio, según, entre otras, del tipo de programas, los colectivos a que se dirigen y la participación de agentes externos. En el informe se concreta, además de lo que dice la base, diferenciando las categorías (informativos, ocio, franjas horarias, espacios musicales, tarjets a quienes van dirigidos, comparando con las otras programaciones presentadas, etc.). Por lo tanto no se aprecia que altere las bases sino que concreta. Carballo: a la demandante, valoración buena por el interés de la parrilla para la zona. Muy buena por ser de muy alto interés para La Capital Radio TV. Muy buena también para la opinión de La Coruña S.L. Buena por su interés para la zona para Libertad Digital. Lo mismo para Radio Coruña S.L. y para Radio Marinada SLU porque la parrilla de programación segmenta el tarjet de audiencia para personas por encima de los 33 años, criterio que es explicado conforme a las bases en el informe. Vilagarcía: Valoración buena para la demandante por el interés de la programación para la zona. Y a la adjudicataria, Radio Publi S.L., muy buena por contemplar la oferta espacios tanto de carácter general como local de interés para la zona. No consta, por consecuencia, que se valoren de manera diferente ofertas con el mismo contenido.

La base 1.7, se entiende en la demanda que se altera la valoración porque la singularidad no se contempla en las bases, ni la creación de códigos deontológicos, la inclusión de profesionales de radio, o el tiempo dedicado a la programación infantil o juvenil o a la programación social. La base dice en concreto lo que se valora: el carácter singular de la oferta radiofónica al servicio de una mayor diversificación de los formatos radiofónicos y de una mayor pluralidad y diversidad de la programación en el ámbito de la zona de servicio. Y el informe lo único que hace es concretar lo que dicen las bases, por lo que no se aprecia que se incumpla. En Carballo, en realidad a las adjudicatarias y a la demandante se les valoró igual; y en Vilagarcía se valoró más a la adjudicataria que a la demandante porque la programación ofertada ofrece una parrilla ya testada y con audiencias donde intervienen contrastados profesionales de la radio.

Si según la ley y las bases hay que valorar la experiencia, es lógico que se valore a los que tengan licencias de comunicación audiovisual radiofónica. La demandante no tiene y aun así se le dieron 5 puntos. Y, en cualquier caso, no impugnó las bases. La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, admite en su artículo 28 que "El concurso para la adjudicación de la licencia en régimen de concurrencia deberá ser resuelto en el plazo máximo de seis meses, y en las bases de la convocatoria se deberá incluir la experiencia de los concurrentes, su solvencia y los medios con que cuenten para la explotación de la licencia, como criterios que habrán de ser tenidos en cuenta en la adjudicación". En este caso se otorgó 10 puntos a los licenciatarios de comunicación audiovisual radiofónica, 5 puntos a la demandante, puesto que solo tiene experiencia en internet.

No hay prueba de la alegación referente a los errores en las ofertas, puesto que es la base 11 la que dice cómo han de describirse los programas. Y con relación a la existencia de ofertas imposibles de cumplir por temerarias; aunque no se prevea en las bases, lo que hay que determinar es si responden a algo ilógico, imposible de cumplir. Pone un ejemplo la demanda: Radio Publi, por las previsiones de ingresos y gastos incoherentes. Pero esto no se aprecia como evidente sin una prueba objetiva de donde pueda así deducirse, cuando además parece referirse al futuro cumplimiento de lo que ofrece.

Con respecto a la normativa citada en la demanda, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, contempla el derecho a recibir comunicación audiovisual plural, artículo 4 ; el artículo 27 regula el procedimiento del concurso; y el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en su artículo 139 , contempla los principios de igualdad y transparencia: "Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia". La Ley 30/1002, en su artículo 3 , contiene principios que rigen la actuación de las Administraciones Públicas.

Con relación a la motivación, este tipo de motivación, in aliunde, es aquella que consiste en fundar el sentido de un acto administrativo sobre informes o documentos técnicos que obran en el expediente administrativo. Su fundamento legal se encuentra en el artículo 89.5 Ley 30/1992 . El Tribunal Supremo admite ampliamente este tipo de motivación que podemos llamar "referencial", pronunciándose en estos términos: "En cuanto a la motivación de los actos administrativos, es doctrina consolidada tanto del Tribunal Constitucional (STC 51/86) como del Tribunal Supremo (STS 20-I-89) que la motivación puede hacerse de manera expresa y muy breve en el propio texto de las disposiciones o actos, así como la admisibilidad de la motivación "in aliunde", bastando para justificar la Orden Ministerial el que la Administración esté en condiciones, en el marco de la revisión



jurisdiccional, de justificar los criterios utilizados para aumentar las plazas y variar la demarcación." (STS de 12 de julio de 2004 [nº rec. 88/2001]).

Con respecto a la contratación de los expertos, y aun no constituyendo el objeto del recurso, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dispone que "3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111"; y en el artículo 111 que "1. En los contratos menores definidos en el artículo 138.3, la tramitación del expediente sólo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de supervisión a que se refiere el artículo 125 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra".

Con respecto a la remisión que se efectúa a la sentencia dictada por este Tribunal en autos de PO 4766/2012, el mismo fue inadmitido.

Con respecto a la petición de informes de expertos lo permite la ley y las bases, no impugnadas -bases 12, y 18-. El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dispone en su artículo 160 que "*Cuando para la valoración de las proposiciones hayan de tenerse en cuenta criterios distintos al del precio, el órgano competente para ello podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos. Igualmente, podrán solicitarse estos informes cuando sea necesario verificar que las ofertas cumplen con las especificaciones técnicas del pliego*". Los informes técnicos fueron elaborados antes de la adjudicación de las licencias y antes de la actuación del órgano decisor, se adecúan a los pliegos, explican los baremos o datos tenidos en cuenta, aportan los conocimientos técnicos especializados necesarios. En el contenido del informe se diferencia entre el proceso de valoración de las ofertas, las propuestas de valoración de las ofertas y resumen final de la valoración; la metodología seguida, con cinco grupos de evaluación; la documentación tenida en cuenta; y describe la valoración de cada punto. La valoración de las ofertas es una cuestión técnica que requiere de conocimientos técnicos, siendo una solución legal siempre y cuando sea motivada, de forma que se acude a la discrecionalidad técnica, y solo procedería anular caso de que se constataste que hay error, no acreditado en este caso. En los informes de valoración aparecen los apartados que han de puntuarse y la puntuación razonada para cada licitador por cada criterio, valoraciones técnicas que no hay motivo para sustituir por las particulares del demandante. En el artículo 81.2 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se dispone, además, que "*2. La Mesa de contratación podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato*". No acredita la demandante que la Administración contara con los técnicos suficientes. Artículo 160. Asesorarse con informes externos la mesa no es hacer dejación de funciones y la demandante ha podido conocer los motivos de las puntuaciones. Constan los criterios, los subcriterios y la valoración en cada apartado.

La persona designada consta que trabajó en las empresas que refiere la demanda hace 32 y 40 años, respectivamente; es un directivo de la asociaciones de prensa, un profesional, que no consta que tenga relación con esas empresas; y en la solicitud de informe se narra su currículum, de donde resulta que tiene una amplia experiencia. En todo caso, el artículo 28 de la Ley 30/1992 dispone que la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

El valor de cada encargo no excede de 18.000 euros, por lo que es legal el acudir a un contrato menor de servicios, artículo 138.3 TRLCSP -"*3. Los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, cumpliendo con las normas establecidas en el artículo 111.*

Se consideran contratos menores los contratos de importe inferior a 50.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de otros contratos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 206 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal"; por lo que cabía la adjudicación directa. La norma no exige una declaración responsable de independencia.

Se respetan por los expertos los criterios y no se introducen nuevos criterios sino que son las razones de la valoración. No son nuevos criterios sino la explicación de cómo se valora. Su perito no valora comparativamente todas las ofertas. Y con relación a los errores en las ofertas de otros licitadores, la



demandante lo confunde con los criterios de valoración. Si el contenido de las ofertas se ajusta a las bases se puede valorar.

El Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su artículo 84 regula el rechazo de proposiciones, al disponer que *" Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la mesa, en resolución motivada. Por el contrario, el cambio u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición"*.

Lo que se verifica de lo expuesto es que el perito de la parte demandante decide acudir a un distinto criterio técnico, pero de lo hasta aquí expuesto no resulta que la valoración realizada y los criterios empleados no sean lógicos ni que se hayan aplicado de manera diferente a los licitadores, de forma que no se verifica la existencia de arbitrariedad.

No constan los errores en las ofertas que señala y lo que se realiza en la demanda es una crítica personal, de forma que no hay constancia de que de la forma de presentarse las ofertas que a título de ejemplo cita en su demanda, haya impedido valorar dichas ofertas.

La mesa no ha hecho dejación en sus funciones de valorar: pidió un informe a uno de sus miembros. Lo estudiaron y con el informe y los de los expertos, decidieron. Por consecuencia, hay tres informes de expertos externos y un informe del miembro de la mesa, que se unieron al acta de la mesa. En este sentido lo que dispone el artículo 89.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es que *"5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma"*.

Con relación a la valoración del gallego, se tuvo en cuenta el artículo 10 del Decreto 102/2012, de 29 de marzo, por el que se desarrolla el servicio de comunicación audiovisual radiofónica en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia, que dispone en su artículo 10 que *"Los/as titulares de la licencia para prestar servicios de comunicación audiovisual radiofónica están obligados/as a cumplir el contenido de la licencia. En todo caso, son obligaciones de los/as titular de la licencia:*

.....

j) Emplear la lengua gallega en sus emisiones de forma que el 50%, como mínimo, del tiempo de programación sea en lengua gallega. El uso del gallego debe distribuirse equitativamente en todas las franjas horarias. No obstante, para las emisoras que actualmente formen parte de las cadenas de ámbito estatal, se aplicará el porcentaje arriba señalado en las desconexiones que se realicen dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma gallega". Y no constan los errores que señala la parte demandante.

Con respecto a la igualdad y libertad religiosa, en los pliegos no hay reserva de licencias para las confesiones religiosas y la demandante solo se presenta para dos localidades, sin olvidar que otras participantes tampoco fueron adjudicatarias.

La pericial demandante se aparta de las bases, cuando no fueron recurridas; acude a criterios que no figuran en las bases, le da la máxima puntuación en todos los apartados a la demandante y el informe se basa en los criterios subjetivos que implican una cierta valoración.

Hay además ciertos argumentos en la demanda a que ya se dio respuesta en la STSJ, Contencioso sección 2 del 27 de noviembre de 2014, recurso nº 4648/2013, en recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 1-8-2013 de la **Secretaría Xeral de Medios** sobre otorgamiento de licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual radiofónica de titularidad privada en la Comunidad Autónoma de Galicia, y en que al igual que en el presente caso se pretendía por la parte demandante la anulación de la resolución impugnada y se ordenara la retroacción de las actuaciones al momento procedimental anterior a la valoración de las propuestas realizadas por los distintos licitadores.

Como se refiere en dicha sentencia y por ser de aplicación al caso por tratarse del mismo supuesto, *"El hecho de que algunos de los licitadores incumplan sus obligaciones una vez que resultaron adjudicatarios de las frecuencias podrá traer consigo consecuencias jurídicas, pero nada tiene que ver con la validez y corrección del procedimiento de adjudicación. En esto hay que dar razón la Administración demandada. No en cambio en su alegación de que se impugna un acuerdo de publicación de la resolución de 1-8-2013 y no esta resolución, pues se trata de una simple imprecisión que no deja duda alguna sobre lo que realmente pretende la parte actora, ya que del contenido de su demanda claramente se desprende que es la anulación de dicha resolución del concurso.*



La posibilidad de que la Mesa de Contratación requiera en cualquier momento la asistencia o el informe de expertos está prevista tanto en las Bases 12ª, 17ª y 18ª del concurso litigioso como en el artículo 160 de la Ley de Contratos del Sector Público, Texto Refundido de 2011. En el presente caso la Mesa de Contratación solicitó dicha asesoría en razón del número de ofertas presentadas y de la complejidad de su contenido, y se dirigió a tal fin a la **Secretaría Xeral de Medios**. La titulación y experiencia de las concretas personas que fueron designadas para realizar esa asistencia figura detallada en el expediente administrativo. El importe a satisfacer a cada una de las personas designadas permitía su contratación directa al tratarse de un contrato menor de servicios. Que esos asesores fueran externos a la Administración es algo que ninguna norma prohíbe expresamente, y que está admitido por la Jurisprudencia (STS de 18-7-2012). Por lo tanto lo alegado por la parte actora sobre la improcedencia de la asesoría externa tiene que ser rechazado".

Y "En lo que se refiere a la motivación, la resolución del concurso no tenía que contenerla porque no se apartaba de la propuesta de la Mesa (artículo 160.2 del TRLCSP: "La propuesta de adjudicación no crea derecho alguno en favor del licitador propuesto frente a la Administración. No obstante, cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada deberá motivar su decisión"). La Mesa de Contratación examinó los informes de los expertos, así como el emitido por uno de sus miembros a quien expresamente se había encomendado que a su vez informase sobre las consideraciones que contenían, así como sobre la aplicación de la modulación. La Mesa realizó su propuesta de conformidad con los informes de sus asesores, y la motivación in aliunde está autorizada por el artículo 89.5 de la Ley 30/1992. La no reproducción de los informes en el texto de una propuesta o de una resolución no es un defecto invalidante, salvo que al interesado le sea imposible conocer el contenido de los emitidos, con la consiguiente indefensión, lo que no ocurre cuando, como es el caso, figuran en el expediente. En cuanto a los informes de los asesores, a la vista de su contenido no puede decirse que no estén motivados, pues expresan las razones por las cuales se otorgan las distintas calificaciones, en los distintos apartados, a las ofertas presentadas. Lo que realmente sostiene la parte actora es que la calificación de su oferta en los diversos extremos a examinar es arbitraria, y pone como ejemplo varias calificaciones de "buena" cuando, en su opinión, la correcta era la calificación de "muy buena". Para darle la razón sería preciso que realizase una comparación con otras ofertas a las que sí se les otorgó la calificación de "muy buenas" en criterios en los que la de la actora solo mereció la de "buena", y esto solamente se hace respecto de dos entidades, "Friol Producciones, S.L." y "Kiss, F.M.", y en relación con el criterio 1.6. Estos ejemplos ponen de relieve que podía hacerlo respecto de los demás criterios y de otras entidades que resultaron adjudicatarias, y que así podía llevar al tribunal al convencimiento de que a ella le correspondía esa adjudicación; y siendo ello así, no puede admitirse que la única pretensión que podía formular la parte actora era la que contiene la súplica de su demanda, que es la simple anulación de la resolución impugnada y la retroacción del procedimiento administrativo a fin de proceder a una nueva valoración de las ofertas presentadas....".

Con relación a los informes, constan en las presentes actuaciones como documentos 27, 28 y 29, tres informes motivados en que no se introducen nuevos criterios distintos sino que son las razones de la valoración, pero no nuevos criterios. En la solicitud de informe constan los datos identificativos de la profesionalidad de la persona a la que se encomienda, no desvirtuados por la parte demandante. Y en el expediente figura el acta de la mesa, se refiere a los informes, a la metodología empleada, a la motivación de cada una de las propuestas a la vista de los criterios de valoración, y la forma en que se modulan, estableciendo la calificación según cómo sea cada propuesta, y se encarga la realización de un nuevo informe de aplicación de la modulación. La mesa se reúne tras la emisión de los informes. En los pliegos no hay reserva de licencias para las confesiones religiosas.

Y con relación a la desviación de poder, como dice la sentencia del Tribunal Supremo Sala 3ª de 9 marzo 2006, Pte: Espín Templado, Eduardo "La desviación de poder supone, conforme al artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional, el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Es necesario que el juzgador adquiera la convicción psicológica de la inadecuada utilización por la Administración de potestades administrativas". Siendo la doctrina constante y reiterada del Tribunal Supremo la que se resume en la sentencia de la Sala 3ª de 15 junio 2005, Pte: González Rivas, Juan José cuando dice: "SEXTO.- Finalmente, no se advierte que la Administración incurra en desviación de poder de cuyo concepto legal han extraído la doctrina y la jurisprudencia sus notas caracterizadoras, resumidas así en SSTs. 3ª.7 de 2 de abril de 1993, 12 de abril de 1993, 22 de abril de 1994 :

"a) El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que confiere la ley a este concepto; (art. 1.2 LJ).

b) La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en la deliberada pasividad cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva; (SSTs. 5ª, 5-10-83 y 3-2-84).

c) Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues "si



el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios -infracción del ordenamiento jurídico o ilegalidad genérica en los elementos reglados del acto- producido precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma..."; (STS. 5ª, 8-11-78).

d) La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición "que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional al derecho vulnerado", (STS. 5ª, 10-11-83), lo cierto es que "la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye, antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder"; (STS. 5ª, 30-11-81)

e) En cuanto a la prueba de los hechos que definen la desviación de poder, "siendo generalmente grave la dificultad de una prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados - artículo 1249 del Código Civil - de los que con un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano - artículo 1253 CC - deriva en la persecución de un fin distinto del previsto en la norma"; (STS. 4ª, 10-10-87).

f) La prueba de los hechos que forma el soporte de la desviación de poder, corresponde a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidatorio del acto; sin olvidar que, como señala la STS. 4ª de 23 de junio de 1987, la regla general deducida del artículo 1214 del Código Civil "puede intensificarse o alterarse, según los casos, aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal: hay datos de hechos fáciles de probar para una de las partes que sin embargo pueden resultar de difícil acreditamiento para la otra"; (FD. 4º).

g) Finalmente, es necesaria la constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita reflejada en la disfunción entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio, a cuyo tenor "es difícil, en no pocas ocasiones, determinar el vicio de "desviación de poder" (aunque) ello no debe significar obstáculo para afrontar en cada caso concreto el análisis de las sentencias en las que se precise la existencia de dicho vicio" STS. 3ª. 4ª, de 28-4-92). Y esta disfunción es igualmente apreciable tanto si el órgano administrativo persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquella" (STS. 5ª, 24-5-86 y STS. 3ª 11- 10-93)".

La aplicación de la jurisprudencia precedente al caso examinado no permite constatar que en la cuestión examinada, la resolución recurrida sea generadora de tal vulneración, puesto que falta la prueba de esa intención contraria al fin legal perseguido al dictar el acto administrativo.

Con relación a la alegación de la codemandada Faro de Vigo SAU alega la falta de legitimación de la demandante por participar en el concurso y no impugnar la convocatoria. Causa de inadmisibilidad que ha de ser rechazada puesto que sí que está legitimada, ha participado en el concurso, y con lo que no está de acuerdo es con la interpretación efectuada de las bases, puesto que además considera que en realidad se han creado criterios nuevos que no figuraban en las mismas. En todo caso, además, resulta lógico pensar que se impugna la publicación y también el acuerdo que se publica.

Y por aplicación de lo dispuesto en el artículo 65 de la LJCA, en el escrito de conclusiones no podrán plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación. Por consecuencia la demanda ha de ser desestimada.

TERCERO.- Con imposición del pago de las costas procesales a la parte demandante dentro del límite de 1.500 euros en relación con la parte demandada, y de 1.000 euros en relación a cada uno de los letrados de las codemandadas, atendido el contenido de la intervención en sus respectivos escritos (artículo 139 de la LJCA).

VISTOS los artículos citados y demás preceptos de general y pertinente aplicación.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido DESESTIMAR el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la Procuradora Dª. Raquel Ceinos Real, en nombre y representación de la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día de España; contra la resolución de 5 de agosto de 2013, acordada por la Secretaría General de Medios, en la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 1 de agosto de 2013, por el que se resuelve el concurso de otorgamiento de licencias para la prestación del servicio de comunicación radiofónica de



titularidad privada en la comunidad autónoma de Galicia; impugnación que afecta al contenido del acuerdo del Consello de la Xunta celebrado el 1 de agosto de 2013.

Con condena en costas a la parte demandante dentro del límite establecido en la fundamentación jurídica de la presente resolución.

Contra esta sentencia cabe interponer, bien ante el Tribunal Supremo, bien ante la correspondiente Sección de esta Sala, el recurso de casación previsto en el artículo 86 de la LJCA , que habrá de prepararse mediante escrito a presentar en esta Sala en el plazo de treinta días y cumpliendo los requisitos indicados en el artículo 89.2 de dicha ley .

Firme que sea la presente, devuélvase el expediente administrativo a la oficina de su procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrada Ponente D^a MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEDOS