



Roj: **STSJ GAL 4709/2017 - ECLI: ES:TSJGAL:2017:4709**

Id Cendoj: **15030330022017100315**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **2**

Fecha: **22/06/2017**

Nº de Recurso: **4633/2013**

Nº de Resolución: **308/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JOSE MARIA ARROJO MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

**A CORUÑA**

**SENTENCIA: 00308/2017**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO Nº 4633/2013**

**EN NO MBRE DEL REY**

La Sección 002 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha pronunciado la

**SENTENCIA**

**Ilmos. Sres. D.**

**JOSÉ ANTONIO MÉNDEZ BARRERA**

**JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ**

**MARÍA AZUCENA RECIO GONZÁLEZ**

A Coruña, veintidós de junio de dos mil diecisiete.

En el recurso contencioso-administrativo que pende de resolución en esta Sala, interpuesto por Materiales Eléctricos Disgetec S.L., representada por Dña. Raquel Ceinos Real y dirigida por D. Sergio Samblas García, contra acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 1 de agosto de 2013, de resolución del concurso y otorgamiento de las licencias para la presentación del servicio de comunicación audiovisual radiofónico de titularidad privada por localidades, en la Comunidad autónoma de Galicia; en el escrito de interposición también se indica como acto impugnado la resolución de la **Secretaría xeral de medios**, de 5 de agosto de 2013, en la que se dispone la publicación del mencionado acuerdo de 1 de agosto de 2013. Es parte como demandada La **Secretaría Xeral de Medios**, representada y dirigida por el Letrado de la Xunta de Galicia. Son parte como codemandadas la Agrupación Radiofónica, S.A., representada por Dña. María Carmen Camba Méndez y dirigida por D. Juan Rojo de Castro, Iniciativas de Promoción y Prensa Comarcal e Iniciativa Galega de Comunicación, S.L., representadas por D. Luis Sánchez González y dirigidas por Dña. Celeste María Barco Vega, y Radio Popular S.A. COPE, representada por D. José Antonio Castro Bugallo y dirigida por D. José Manuel Villar Uribarri. La cuantía del recurso es indeterminada.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y se mandó que por la parte recurrente se dedujese demanda, lo que realizó a medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho pertinentes, solicitó se dictase sentencia estimando íntegramente el recurso interpuesto.



**SEGUNDO** : Conferido traslado de la demanda a la Administración demandada y a las partes codemandadas Agrupación Radiofónica,S.A., Iniciativas de Promoción y Prensa Comarcal e Iniciativa Galega de Comunicación, S.L., y Radio Popular S.A. COPE, se presentaron escritos de oposición con los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron procedentes, y se suplicó que se dictase sentencia desestimando el recurso.

**TERCERO** : Finalizado el trámite, se declaró concluso el debate escrito y se señaló para votación y fallo el día 15 de junio de 2017.

**CUARTO** : En la sustanciación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** : El presente recurso contencioso-administrativo se dirige contra acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 1 de agosto de 2013, de resolución del concurso y otorgamiento de las licencias para la presentación del servicio de comunicación audiovisual radiofónico de titularidad privada por localidades, en la Comunidad autónoma de Galicia; en el escrito de interposición también se indica como acto impugnado la resolución de la **Secretaría xeral de medios**, de 5 de agosto de 2013, en la que se dispone la publicación del mencionado acuerdo de 1 de agosto de 2013.

**SEGUNDO** : En el Suplico de la demanda se solicita lo siguiente: "dicte Sentencia por la que estimando el recurso contencioso-administrativo por esta parte interpuesto contra: 1º.- La Resolución de 5 de agosto de 2013, acordada por la **Secretaría Xeral 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 las licencias para la prestación del servicio de comunicación radiofónica de titularidad privada en la Comunidad Autónoma de Galicia". 2º.- Impugnación que afecta al contenido del acuerdo del Consello de la Xunta celebrado el pasado 1 de agosto de 2013. Y en su virtud declare no ser conformes a Derecho tal Acuerdo, así como la citada Resolución y los actos posteriores derivados de la misma, declarándolos nulos de pleno derecho, con exclusión de las licitadoras que se han beneficiado de los puntos derivados de tener licencias previas a esta convocatoria en el criterio de la experiencia. Subsidiariamente, a lo anterior, se acuerde 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; con estimación de las pretensiones jurídico materiales del presente escrito."

**TERCERO** : Entendiendo que lo verdaderamente impugnado es el citado acuerdo de 1 de agosto de 2013 y no una mera resolución de publicación, la parte actora considera como motivo de nulidad de tal acuerdo, la remisión a informe efectuado por terceros. Tal alegación no puede prosperar si se tiene en cuenta, como se indicó en sentencia de esta Sala, de 27 de noviembre de 2014, dictada en el PO 4648/2013 , 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 ), sin que la circunstancia sobre anteriores relaciones profesionales que en su día haya mantenido en el sector de que se trata D. Ezequiel proscriba o impida la elaboración por el mismo del informe como experto y cuyo contenido puede ser oportunamente combatido por la parte actora y sin que se aporten datos acreditativos de que tales relaciones se hubieran producido en los dos años anteriores a la emisión de dicho informe. Tampoco puede prosperar la alegación sobre falta de motivación cuando ocurre que el acuerdo impugnado no se apartó de la propuesta de la Mesa C (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"). Como también se indicó en la referida sentencia de 27 de noviembre de 2014 . 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.

**CUARTO** : La parte actora sostiene la invalidez de la adjudicación al acudir esta última "a un criterio sustentado en las licencias previas con experiencia para valorar las ofertas, sin que ello aparezca reflejado en las Bases". Sin embargo, en la base undécima de la convocatoria se indica: "D. 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". Del contenido de dicha base puede derivarse que en este caso se produce una concurrencia de los criterios de experiencia y calidad con asumible asimilación a esta última de la valoración sobre preexistencia de licencias de comunicación audiovisual radiofónica, no siendo así de acoger las alegaciones de la actora formuladas al respecto, no presentándose como irrazonable o desproporcionada la distinta consideración a efectos de valoración de la experiencia, de la circunstancia sobre tenencia de licencias de comunicación audiovisual radiofónica, de licencia audiovisual televisiva o la carencia de aquellas -10,8 y 5 puntos respectivamente con una puntuación máxima de cien puntos en la licitación-, y es de significar que en el supuesto aquí examinado el examen de la propuesta de la actora viene a revelar que su experiencia limitada a emisiones radiofónicas por internet excluye ya la posibilidad de que por tal concepto fuera siquiera aceptable una mejora comparativa de la puntuación de dicha parte. Sin mayor dilación es de significar que el examen del presente recurso ha de efectuarse en relación con las concretas alegaciones de la actora si bien el ámbito de legitimación de la recurrente conecta necesariamente con las concretas adjudicaciones a las que aquella presentó ofertas en las localidades de Arbo, Pontevedra, Tui, A Estrada y O Carballiño, por lo que son ajenas al presente litigio las diversas referencias contenidas en la demanda y que aparentemente se refieren a otras localidades o a adjudicatarias distintas de las aquí posibles codemandadas y que una vez rechazado el indicado planteamiento de la actora sobre el criterio valorativo de experiencia, es de significar que en cuanto al informe de parte presentado por la recurrente debe tenerse en cuenta que a los presentes efectos la indicación de las valoraciones subjetivas del autor o autores de dicho informe de parte no es suficiente para entender inequívocamente acreditada la inidoneidad del resultado final. Con todo, tampoco pueden ser acogidas las alegaciones de la parte actora por las que se discute que se asocie la emisión en gallego al tiempo de emisión de las desconexiones de las cadenas nacionales, cuando tal asociación se corresponde con lo previsto en la Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística y en el Decreto 102/2012, de 29 de marzo, lo que ha de tenerse en cuenta a los efectos de aplicación del criterio de valoración. El criterio de valoración "1.1 organización y contenidos de programación", no se ve desatendido por consideraciones sobre "programación de radiofórmula", "...muy buena parrilla de programación convencional con diferentes contenidos y un 40% dedicado a la información", "...programación equilibrada por contenidos y temáticas", "...parrilla mixta interesante", aspectos que conectan sin dificultad con los conceptos valorativos de objetivos, principios y obligaciones..., parrilla tipo..., descripción de programas,...fórmula similar y que por tanto son susceptibles de ser considerados desde la perspectiva de dicho criterio de valoración 1.1. En cuanto al criterio 1.3 fomento y defensa de la cultura, los valores e intereses de Galicia, no se aprecia la inaceptabilidad de la valoración efectuada de ofertas de las que se constata que responden a tal criterio requerido.

En lo que atañe al criterio 1.6 programación de interés para la zona, la consideración de determinados colectivos por edad se adapta a lo previsto en las bases, mientras que no es asimilable con aquel criterio lo relativo a información estrictamente local, cuando precisamente por las características de cada zona puede ser conveniente la preferente valoración de determinadas ofertas no coincidentes con la estricta información local. Tampoco se advierte incorrección en que el criterio 1.7 aportaciones a la programación de radiodifusión, se atienda según las circunstancias de cada zona a la singularidad en la programación, o a las especificaciones sobre valores o códigos deontológicos, conectados a la consideración de las bases sobre pluralidad y diversidad de la programación. Es de reiterar que la parte actora realiza en su demanda apreciaciones sobre diversos aspectos en relación a la valoración efectuada, pero lo que no desarrolla en tal demanda es un acabado examen de cada concreta adjudicación impugnada en el que teniendo en cuenta las características referidas a cada una de las adjudicaciones -incluida la localidad de que se trate- se apuntaran elementos suficientemente acreditativos de que la valoración global resultante alcanzada en cada adjudicación por la resolución impugnada fuera inidónea en su resultado final determinante de la adjudicación en favor de uno u otro de los participantes en el concurso. En lo que respecta a lo que por la parte actora se considera como descripción de programación incompleta en las ofertas de Radio Popular S.A., y UNIPREX S.A., no se aprecia sin embargo que el contenido de aquellas ofertas en cuanto a dicha descripción impida la adecuada valoración y correspondiente puntuación al efecto en relación con los diversos aspectos a considerar conforme a lo previsto en las Bases. Por otro lado en cuanto a los "errores" denunciados por la actora sobre la oferta económica de Radio popular para Carballiño y A Estrada el examen de los documentos 46.36.l, y 46.27.f, no



revela las discordancias denunciadas en cuanto a la suma de los gastos -465.248- en un caso, y de ingresos -275.200- y gastos -390.728- en el otro. Resta por indicar que no cabe aceptar como motivo estimatorio del recurso la mera exposición de presunciones de la recurrente sobre futuros e hipotéticos incumplimientos de los compromisos asumidos por cada adjudicatario en la correspondiente declaración responsable. Lo hasta aquí expuesto excluye ya la prosperabilidad de la pretensión de la parte actora sobre declaración de nulidad de pleno derecho y ello aún con independencia de la difícil conexión con tal petición de la que aparentemente quiere asociarse por la parte actora en cuanto a solicitada "...exclusión de las licitadoras" que se han beneficiado de determinada aplicación interpretativa de las bases, pero es que tampoco puede prosperar la subsidiaria pretensión sobre retroacción del expediente administrativo para nueva valoración cuando la demandante no ha logrado acreditar la concurrencia de deficiencias procedimentales o formales que justificaran la necesidad de tal retroacción y sin que por dicha parte se haya instado aquí la adjudicación en su favor previa valoración en este proceso desde una perspectiva sustantiva o material, sin que el singularizado contenido y alcance de las específicas solicitudes de la demandante pueda ser indebidamente ignorado a efectos de su complementación o alteración. En definitiva, y en conexión con lo anteriormente indicado, no se aprecia en el caso la concurrencia de desviación de poder y arbitrariedad, ni la invocada violación del principio de confianza legítima y buena fe. Ahora bien, distinta cuestión surge con la adjudicación efectuada a favor de Radio Popular, S.A. -Cadena Cope, para la localidad de A Estrada, en relación con la cual la parte actora denuncia en este proceso expresamente que en el informe sobre programación se valora como si fuera de temática musical una oferta de radio convencional y ciertamente el examen del expediente revela que en dicho informe sobre programación, en cuanto al apartado 1.1 -organización y contenidos de programación, respecto de la oferta de Radio Popular, S.A. Cadena Cope en la localidad de A Estrada, se indica lo siguiente: "La oferta presenta una programación de radiofórmula de éxito contrastado donde la música es el "leit motiv". La valoración es muy buena". Sin embargo, la oferta que en el expediente consta presentada por dicha sociedad para la referida localidad no es de programación de radiofórmula sino de programación de radio convencional, de manera que no es posible mantener tal adjudicación concedida en relación a una supuesta programación que no coincide con la que en el expediente figura aportada, sin que en las contestaciones a la demanda, de la Administración o de aquella codemandada, se haya ofrecida aclaración, explicación, o siquiera mención alguna, al respecto de tan específica alegación de la demandante, de manera que ante el mencionado defecto en la referida adjudicación deviene obligada su anulación, siendo de entender que a tenor del concreto defecto apreciado el alcance de la estimación parcial del presente recurso en cuanto a dicho extremo ha de limitarse a la mencionada anulación de dicha específica y singularizada adjudicación a Radio Popular S.A. Cadena Cope para la localidad de A Estrada, anulación que se alcanza en este proceso en el que como ya se indicó la parte actora no insta la adjudicación en su favor y sin que en atención al concreto motivo estimatorio proceda una retroacción de la actuación administrativa sino la anulación de la adjudicación realizada sin base que la sostenga.

**QUINTO** : En aplicación del artículo 139 L.J . 98 y estimado parcialmente el presente recurso contencioso-administrativa, no se efectúa imposición de costas.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

- 1) Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Materiales Eléctricos Disgetec S.L., contra acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 1 de agosto de 2013, de resolución del concurso y otorgamiento de las licencias para la presentación del servicio de comunicación audiovisual radiofónico de titularidad privada por localidades, en la Comunidad autónoma de Galicia y anular en parte dicho acuerdo única y exclusivamente en lo que respecta a la adjudicación efectuada a favor de Radio Popular S.A. Cadena Cope para la localidad de A Estrada.
- 2) Desestimar el recurso contencioso-administrativo en cuanto a las restantes pretensiones.
- 3) Sin imposición de costas.

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 Ley jurisdiccional , 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 al Centro de su procedencia, junto con certificación y comunicación.

Así se acuerda y firma.

## PUBLICACION



Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. JOSÉ MARÍA ARROJO MARTÍNEZ al estar celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Superior de Justicia, de lo que yo, Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ