

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Julio de dos mil doce.

Visto por la Sala Tercera (Sección Séptima) del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados Excmos. Sres. anotados al margen, el recurso de casación número 5128/2008, que pende ante ella de resolución, interpuesto por la Procuradora D^a María Soledad Castañeada González, en representación de la entidad mercantil "Servicios de Difusión Tele Elx, S.A.U.", contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 18 de julio de 2008, dictada en el recurso número 1807/2006. Ha sido parte recurrida el Abogado de la Generalidad Valenciana, en representación de la misma.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia dictó sentencia el 18 de julio de 2008 en el recurso número 1807/2006, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad Servicios de Difusión TV Tele Elx SAU contra la resolución dictada con fecha 30 de enero de 2006 por el Conseller de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Generalidad Valenciana por la que se adjudican las concesiones para la explotación de programas de televisión digital terrestre con cobertura local y contra la resolución de 12 de abril de 2006 de la Subsecretaria de la Presidencia por delegación del Presidente que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra aquella; y todo ello sin efectuar expresa condena en las costas procesales."

SEGUNDO.- Contra la citada sentencia anunció recurso de casación la Procuradora D^a Elena Gil Bayo, que la Sala de instancia tuvo por preparado por providencia de 30 de septiembre de 2008, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, por la recurrente se presentó escrito de interposición del recurso de casación anunciado, en el que, después de formular sus motivos, terminó suplicando a la Sala "(lo estime y en consecuencia case y revoque la sentencia recurrida dejándola sin efecto y declare la nulidad o anule la resolución de 30 de enero de 2006 adoptada por el Conseller de Relaciones Institucionales y de Comunicación de la Generalitat Valenciana y la resolución de 12 de abril de 2006 adoptada por la Subsecretaría de la Presidencia (adoptada por delegación del Presidente), planteando, si fuese necesario, la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 41/1995, en la redacción dada por el artículo 109 de la Ley 53/2002".

CUARTO.- Comparecido el recurrido, se admitió a trámite el recurso por providencia de 30 de enero de 2009, concediéndose, por providencia de 2 de marzo de 2009, un plazo de treinta días al recurrido para que formalizara escrito de oposición, que tuvo entrada el día 31 de marzo de 2009, y en el que se suplicaba a la Sala que dicte sentencia "(por la cual se desestime íntegramente el recurso de casación interpuesto, confirmando la

sentencia recurrida en todos sus extremos, y con expresa imposición de costas a la parte actora.”

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, para votación y fallo se señaló la audiencia del día 4 de julio de 2012, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en este recurso de casación la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 18 de julio de 2008, desestimatoria del recurso contencioso administrativo interpuesto por “Servicios de Difusión Tele Elx, S.A.U.”, contra la resolución de 12 de abril de 2006, de la Subsecretaría de la Presidencia de la Generalidad Valenciana, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la anterior resolución de la Consejería de Relaciones Institucionales y Comunicación dictada el día 30 de enero de 2006, en cuya virtud se adjudicaron concesiones para la explotación de programas de televisión digital terrestre con cobertura local. El recurso de casación interpuesto por “Servicios de Difusión Tele Elx, S.A.U.”, contiene seis motivos de casación.

El primero, formulado al amparo del artículo 88.1, letra c) LJCA, denuncia que la sentencia de instancia ha infringido los artículos 60.3 del mismo texto legal y 24.1 y 2 de la Constitución y la jurisprudencia contenida, entre otras, en la sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 1996, en el sentido de que la denegación del recibimiento a prueba vulnera el derecho a la prohibición de indefensión, a hacer uso de las pruebas pertinentes en el ejercicio del derecho de defensa y a un proceso con todas las garantías.

Los cinco restantes motivos se formulan al amparo del art. 88.1 d) de la LJCA.

El segundo denuncia la infracción de los artículos 9.3, 20, 38 y 53.1 de la Constitución, ya que en el escrito de demanda se planteaba la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 41/1995, en la redacción dada por el artículo 109 de la Ley 53/2002, al limitar a cuatro el número de canales por demarcación territorial, cuando las demarcaciones territoriales estaban compuestas por un número que oscilaba entre tres y veinte términos municipales, en los que venían funcionando sin mayores problemas emisoras de televisiones locales por ondas en la práctica totalidad de los términos municipales, hasta el punto de que existían términos municipales en los que existían más de una televisión local por ondas.

El tercero denuncia la vulneración del artículo 42 de la Ley 30/1992, toda vez que la base 25 de la correspondiente convocatoria señalaba que el órgano de contratación disponía de un plazo máximo de cinco meses, desde la publicación del anuncio de la

convocatoria, para la adjudicación de las concesiones, añadiendo que el plazo podía ser prorrogado, como máximo, hasta el 31 de diciembre de 2005.

El cuarto alega la infracción de los artículos 54 y 89.5 de la Ley 30/1992 y 24.1 de la Constitución, al razonar la sentencia impugnada que el hecho de que no se incorporase a la resolución de la convocatoria el dictamen que sirvió de base a la misma no infringe el ordenamiento jurídico, al tratarse de un dictamen que fue asumido por la mesa de contratación, no teniendo la consideración de informe técnico a los efectos del artículo 89.5 de la Ley 30/1992, sino de asesoramiento a la mesa de contratación, ni ser un informe técnico obligatorio y vinculante; lo que supone desconocer que en el expediente administrativo, y más concretamente en la propia resolución que puso fin al mismo, se hace constar expresamente el carácter técnico del informe en que se basó para la adjudicación de las concesiones.

El quinto alega la infracción del artículo 88 del Real Decreto Legislativo 2/2000, en cuanto que la sentencia rebatida considera que la demanda está impugnando las bases de la convocatoria que devinieron firmes y consentidas. Y, en opinión de la recurrente, lo que se estaba cuestionando en la propia demanda era la infracción del artículo 88 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dado que la mesa de contratación no había cumplido la obligación de ponderar los criterios de valoración establecidos en las bases de la convocatoria del concurso.

El sexto y último, denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables al caso, por infracción del artículo 7 de la Ley 41/1995, al considerar la entidad recurrente, a diferencia de lo fundamentado en la sentencia impugnada, que en la demanda no se denunciaba que los adjudicatarios fueran a emitir en cadena, pues lo que realmente se denunciaba era el hecho de que formaban parte de una cadena de televisión desde el momento en que concurrían las circunstancias establecidas en el apartado 2 del expresado artículo 7 de la Ley 41/1995, existiendo, por tanto, una unidad de decisión en, al menos, ocho demarcaciones, cosa que prohíbe el citado precepto.

Por su parte, el Abogado de la Generalidad Valenciana se opone a los seis motivos en los términos que luego se expondrán.

SEGUNDO.- La base de la fundamentación de la Sentencia recurrida se contiene en los fundamentos de derecho segundo a octavo; del siguiente tenor literal:

“Segundo.- Planteados los términos de la litis hemos de partir de la resolución recurrida que no es más que la adjudicación de concesiones para la explotación de programas de televisión digital terrestre con cobertura local referidas a distintas zonas y municipios, en la que se relaciona las entidades adjudicatarias, y se omiten las que no lo fueron, resolución que puso fin al concurso público mediante procedimiento abierto para la adjudicación de concesiones para la explotación de programas del servicio público de la Televisión Digital terrestre con cobertura local, convocado por resolución del Conseller de 1 de julio de 2005, publicada en el DOGV 5042 de 25 de julio de 2005.

De tales hechos se deduce que nos encontramos ante un procedimiento de concurrencia selectiva en el que hay previsto un procedimiento de evaluación de las ofertas presentadas de acuerdo con los criterios objetivos de valoración establecidos en los Pliegos de Condiciones; pliegos estos aceptados por la parte actora al no ser impugnados.

Tercero.- Con lo dicho, el primer motivo o causa esgrimida debe ser desestimado, y ello al ser reiterada la jurisprudencia del TS en el sentido de entender que la exigencia de autorización previa para llevar a efecto emisiones radiofónicas no vulneran los derechos a la libertad de expresión, ni a la de la comunicación e información, siendo significativa la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/91 de 3 de junio, por la que se deniega el recurso de amparo, y considera que no se ha vulnerado el derecho a la libertad de expresión del recurrente por la interrupción de las emisiones y la clausura de los equipos para su realización, decretada por las Resoluciones administrativas impugnadas, señalando: es necesario recordar, siquiera sucintamente, la doctrina, de este Tribunal Constitucional sobre el derecho de creación de los medios de comunicación en relación con las libertades reconocidas en el art. 20.I.a) y d) CE, viene concretada en que “no hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende, en principio, el derecho de crear medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible- (SSTC 12/1982, f. j. 3.0); mas si éste es el principio general en nuestro ordenamiento jurídico, aquel derecho presenta indudables límites (STC 12/1982, f. j. 3, 74/1982, f. j. 2), no pudiendo equipararse la “intensidad de protección de los derechos primarios, directamente garantizados por el art. 20 CE, y los que son en realidad meramente instrumentales de aquéllos; y así respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mucha mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar, al regular dicha materia, otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial” (STC 206/1990, f. j. 6°).

Así, en relación con la radiodifusión y televisión, señalamos en la última de las sentencias citadas, que “plantean, al respecto, una problemática propia y están sometidas en todos los ordenamientos a una regulación específica que supone algún grado de intervención administrativa, que no sería aceptable o admisible respecto a la creación de otros medios. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su art. 10.1, último inciso, refleja esta peculiaridad al afirmar que el derecho de libertad de expresión, opinión y de recibir o comunicar información o ideas no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión o televisión a un régimen de autorización previa” (f. j. 6°). En esta línea, dijimos también en la citada sentencia que el art. 20 CE no significa, en cualquier caso “el reconocimiento de un derecho directo a emitir, ni de este precepto “nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque sólo sea a nivel local”, ni “tampoco es constitucionalmente exigible que la regulación legal o la actuación administrativa en la materia sólo tenga como único límite el número máximo de frecuencias que las posibilidades técnicas permitan otorgar- (f. j. 6°)” esto es, según el TC, “el art. 20 CE no significa, en cualquier caso, “el reconocimiento de un derecho directo a emitir”, ni de

este precepto “nace directamente un derecho a exigir sin más el otorgamiento de frecuencias para emitir, aunque sólo sea a nivel local, lo que implica que la exigencia de una licencia o concesión administrativa, como es el caso que nos ocupa, vulnera los preceptos citados por la actora.

Cuarto.- El segundo motivo de impugnación debe seguir igual suerte, al no desprenderse de la larga fundamentación de la actora cuales son las razones por las cuales el citado art 3 de la L 41/95, vulnera los arts. 9.3, 20. 1 ay d, 38 y 53.1 de la Constitución; debiéndonos, además remitirnos a lo dicho en el precedente fundamento.

Quinto.- El tercer motivo de impugnación debe también ser desestimado, pues tal base hace referencia a plazos en la adjudicación, sin que el incumplimiento de los mismos supongan la anulación de la resolución recurrida, no concretando la actora los daños y perjuicios que el incumplimiento de la Base le irroga, y más cuando tal incumplimiento lo único que acarrearía sería la caducidad del expediente, y más en el caso que nos ocupa, en que la parte lo denuncia sin conectarlo con la indefensión consecuente; siendo intrascendente la dilación en la adjudicación para otorgar a la actora la concesión pretendida y que fue rechazada por la resolución recurrida.

Sexto.- El cuarto motivo también debe desestimarse, no implicando el hecho de que la resolución de adjudicación de la concesión se adoptase en base a un informe de una empresa externa a la Administración (Doxa Consulting SL) infrinja el ordenamiento jurídico, desde el momento que tal dictamen fue asumido por la mesa de contratación, no teniendo la consideración de informe técnico a los efectos del art. 89.5 citado, sino de asesoramiento a la mesa de contratación, ni ser un informe técnico obligatorio y vinculante.

Séptimo.- El quinto y sexto motivo, debe seguir igual suerte al constar la firmeza de las bases de convocatoria y de sus anexos, ya que las mismas se publicaron en la resolución de 1 de julio de 2005, en que se convocaba el concurso en el cual la actora participó sin impugnación alguna, y después, al no resultar adjudicataria, pretende impugnar unas bases, anexos y cláusulas aceptadas, lo cual es insostenible, yendo contra sus propios actos.

Octavo.- El sexto motivo de impugnación, también debe ser rechazado, por cuanto que los datos que cita no son demostrativos que la Administración haya infringido la prohibición del art. 7 de la Ley 41/1995 de emitir en cadena”, bien porque las adjudicatarias “...van a emitir la misma programación durante más del 25% del tiempo real de emisión semanal”, bien “...porque existe claramente unidad de decisión”.

La redacción vigente del citado art. 7 reza así:

“1. Las televisiones locales por ondas terrestres no podrán emitir o formar parte de una cadena de televisión.

2. A estos efectos, se entenderá que forman parte de una cadena aquellas televisiones en las que exista una unidad de decisión, considerándose que esta unidad de decisión existe, en todo caso, cuando uno o varios socios, mediante la agrupación de acciones, ejerzan la administración de dos o más sociedades gestoras del servicio, posean en éstas la mayoría de los derechos de voto, o tengan derecho a nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de sus respectivos consejos de administración.

3. Se entenderá que emiten en cadena aquellas televisiones locales que emitan la misma programación durante más del 25 por 100 del tiempo total de emisión semanal, aunque sea en horario diferente.

4. No obstante lo anterior, las Comunidades Autónomas competentes podrán autorizar, previa conformidad de los plenos de los Municipios afectados, emisiones en cadena en atención a características de proximidad territorial y de identidades sociales y culturales de dichos Municipios. En tal supuesto se requerirá la conformidad de los gestores del servicio-.

En concreto, lo que denuncia la actora es que la adjudicataria en la demarcación de Elche, las empresas adjudicatarias van a realizar la misma programación en las demarcaciones adjudicadas.

A este respecto, y partiendo de la inexistencia de una prohibición absoluta de emisiones en cadena (el art. 7.4 de la Ley 411/1995 establece la posibilidad de autorización, en determinadas circunstancias, de las emisiones en cadena), es lo cierto que todas las afirmaciones que se realizan en relación con este motivo impugnatorio, además de no quedar acreditadas de manera consistente, son alegadas como futuribles que nada tienen que ver con la regularidad de la adjudicación (por no concurrir en el momento en que ésta se produce), que es lo que aquí se enjuicia; de manera que tales eventuales circunstancias a lo que, en su caso, deberán dar lugar es a las correspondientes medidas o actuaciones correctoras, sancionadoras o resolutoria...”.

TERCERO.- El adecuado entendimiento de las cuestiones que plantea el recurso exige partir de los siguientes antecedentes: Mediante resolución de 1 de julio de 2005 dictada por el Conseller de Relaciones Institucionales y Comunicación se convocó concurso público mediante procedimiento abierto para la adjudicación de programas de televisión digital terrestre de cobertura local en la Comunidad Autónoma y se aprobaron los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas por los que había de regirse el concurso.

En particular, la cláusula 16 d) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares dispone que: “evaluación de las ofertas: de conformidad con lo establecido en las correspondientes cláusulas del presente Pliego, se procederá con el asesoramiento técnico y petición de informes que, si corresponde, se estimen y consideren necesarios, a la evaluación de las ofertas por la Mesa de Contratación y a la elevación de la propuesta de resolución al órgano de contratación.” En el concurso se ofertaron catorce

lotes cada uno de ellos compuesto a su vez, por tres canales (anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas). Cada lote comprendía una demarcación territorial integrada, a su vez, por varios términos municipales.

Entre esos programas figuraba el Lote 4, Elche, canal 45 (TL05AA), al que concursó la recurrente, "Servicios de Difusión Tele Elx, S.A.U."

Mediante resolución de 30 de enero de 2006 dictada por el Conseller de Relaciones Institucionales se resolvió el concurso y, en lo que se refiere al Lote 4, Elche, canal 45 (TL05A), se adjudicaron los tres programas a las entidades mercantiles Comunicación Audiovisual Editores SL, Unedisa Telecomunicaciones SLU y Libertad Digital SA.

Esta resolución fue confirmada en la sentencia de fecha 18 de julio de 2008, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, recaída en el recurso número 1807/2006 contra la que se interpone el presente recurso de casación.

CUARTO.- En el desarrollo argumental del primer motivo de casación, cuyo enunciado sintético se indicó en el Fundamento de Derecho Primero comienza la recurrente con una reproducción selectiva de un pasaje de la Sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 1996 y cita además la Sentencia de 4 de diciembre de 2002 (Recurso de casación 473/1997).

Explica la entidad recurrente que, en su escrito de demanda solicitó por medio de Otrosí "el recibimiento a prueba sobre el número de emisoras de televisión por ondas de ámbito local que venían funcionando en la Comunidad Autónoma de Valencia". En aquella se explicaba que, como consecuencia de la resolución del concurso resuelto por la resolución recurrida en vía administrativa, numerosos titulares de televisiones locales por ondas, y entre ellos la propia recurrente, se verían obligados a cesar en la actividad en el plazo de seis meses conforme a la disposición transitoria primera de la Ley 41/1995, cuando realmente venían funcionando normalmente y sin mayores problemas desde hacía años, como así podría demostrar en el periodo de prueba, cuyo recibimiento se solicitaba para acreditar efectivamente el número de emisoras que existían en la Comunidad Autónoma de Valencia que tenían que cerrar, lo cual resultaba tremendamente restrictivo y arbitrario, por ilógico e irracional, que hasta la resolución del concurso pudieran emitir hasta diecisiete televisiones locales en una misma demarcación territorial y, como consecuencia del concurso, solo pudieran emitir tres televisiones por ondas en la misma demarcación territorial, con lo que ello implicaba de vulneración de los artículos 9.3, 20.1,a) y d), 38 y 53.1 de la Constitución conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional que igualmente se citaba en la demanda. Expone la recurrente que mediante Auto de 19 de julio de 2007 la Sala de instancia denegó el recibimiento a prueba, por entender que, dados los términos en los que se planteaba la litis y los elementos de juicio obrantes en los autos y en el expediente administrativo, no resultaba de trascendencia el recibimiento a prueba solicitado. Relata que frente a la denegación del procedimiento a prueba interpuso recurso de súplica en el que insistía en las razones expuestas, que fue desestimado,

reiterando en su escrito de conclusiones la necesidad de la prueba para acreditar un hecho esencial, la desaparición de numerosas emisoras de televisión local y la restricción que ello implicaba del artículo 20 de la CE, por lo que entiende que la sentencia debe ser casada ordenando la retroacción de actuaciones a fin de que el recurso se reciba a prueba.

A este primer motivo del recurso sale al paso la Generalidad Valenciana, argumentando que la parte actora no deduce en el suplico de su escrito de recurso la consecuencia legal derivada de la estimación del motivo, es decir, "se mandarían reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta" - artículo 95.2,c de la Ley Jurisdiccional-, sino que se limita a solicitar la estimación del recurso y a que se declare la nulidad del acto impugnado previa elevación, en su caso, de una cuestión de inconstitucionalidad, lo que demuestra por sí solo, según la parte recurrida, la inconsistencia del motivo.

Además, con transcripción selectiva de la sentencia de esta Sala Tercera (Sección Cuarta) de 5 de febrero de 2008 (recurso 1588/2003), en la que se cita reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional -sentencias 37/2000, de 14 de febrero, 19/2001, de 29 de enero, 133/2003, de 30 de junio, 1/1996, de 15 de enero, 246/2000, de 16 de octubre, 35/2001, de 12 de febrero y 99/2004, de 27 de mayo- recuerda que el derecho a la prueba no es absoluto, sin que por tanto se vea menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales; por lo que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el citado derecho de defensa, sino sólo cuando produzca una efectiva indefensión.

QUINTO.- Para resolver este primer motivo debemos recordar que el objeto del recurso contencioso administrativo versaba sobre la legalidad de la resolución de adjudicación de las concesiones para la explotación de programas del servicio público de televisión digital terrestre, por lo que el enjuiciamiento del Tribunal no alcanzaba al análisis de las consecuencias derivadas de la aplicación de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 41/1995 y menos con referencia a titulares de televisiones locales distintos de la recurrente por lo que no existe infracción del artículo 24 de la CE.

La parte recurrente solicitó el recibimiento a prueba en el Otrosí del escrito de demanda a fin de acreditar "el número de emisoras de televisión por ondas de ámbito local que venían funcionando en la Comunidad Autónoma de Valencia." Ahora bien, el conocimiento de ese dato era irrelevante desde el punto de vista de la pretensión ejercitada por la recurrente; ésta participó en el concurso, no resultó adjudicataria y solicita la nulidad de la resolución que adjudica las concesiones, porque el enjuiciamiento de la legalidad de ésta resolución no afecta a los titulares de televisiones locales que venían operando con anterioridad, pues en todo caso, como recuerda la sentencia de esta Sala de 21 de enero de 2008 rec. 270/05, "Es cierto que la citada Disposición transitoria les mantiene en el uso del dominio público que ocupan, pero ello lo es sólo por un espacio de tiempo determinado, hasta que obtengan la correspondiente concesión, o hasta que transcurran ocho meses, plazo que

posteriormente ha sido reducido a seis meses, desde la resolución del concurso celebrado en el que no resulten adjudicatarios, pasado el cual dejarán de emitir. Se trata en definitiva de una especie de compensación material de la falta de regulación del sector, pero que en ningún caso supone el reconocimiento de un derecho indefinido, que pueda impedir el ulterior desarrollo del Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Local.” Por tanto, conocer el número de aquellos que venían emitiendo con anterioridad resulta irrelevante desde el punto de vista de la legalidad de la adjudicación que es lo que constituye el objeto del recurso. En realidad el objeto de la prueba se refería la pretendida inconstitucionalidad de la Ley que establecía la limitación de canales, cuestión a la que se refiere el motivo segundo; por lo que sólo en el caso de que pudiera ser aceptable el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, la prueba pudiera ser necesaria; más si la ley no se cuestionase, como hizo la sentencia, el recibimiento a prueba para el objetivo pretendido resultaba innecesario, y totalmente correcta la decisión del órgano jurisdiccional que por medio de este motivo se cuestiona.

En todo caso debe resaltarse, aparte de lo que después se dirá sobre el pretendido planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, que el hipotético vicio ligado a la ley debiera, en su caso, haberse impugnado en relación con la convocatoria del concurso, en la cual ya se daba virtualidad a las limitaciones establecidas por ley, y no consentida en sus términos la convocatoria, que es ley del concurso, en el momento de la adjudicación.

Se impone así la desestimación del primer motivo de casación.

SEXTO.- El segundo motivo, formulado, como se dijo, al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción alega la infracción de los artículos 9.3º, 20, 38 y 53.1 de la Constitución, ya que en el escrito de demanda se planteaba la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 41/1995, en la redacción dada por el artículo 109 de la Ley 53/2002, al limitar a cuatro el número de canales por demarcación territorial, cuando las demarcaciones territoriales estaban compuestas por un número que oscilaba entre tres y veinte términos municipales, en los que venían funcionando sin mayores problemas emisoras de televisiones locales por ondas en la práctica totalidad de los términos municipales, hasta el punto de que existían términos municipales en los que existían más de una televisión local por ondas.

En el desarrollo argumental del motivo se expone que una cosa es la previa exigencia de la concesión y otra muy distinta es la limitación injustificada del número de canales por demarcación territorial, considerando que la legislación de la televisión por cable local era parecida al presente caso, resultando así de aplicación la doctrina contenida en el auto de esta Sala de 10 de marzo de 2004 -recurso 2918/1998-, de forma que nos encontramos ante un medio de comunicación como es la televisión local por ondas, incardinado, como la del cable, en el artículo 20 de la Constitución, no estando justificada la limitación de las concesiones y no existiendo justificación objetiva ni razonable con respecto al hecho de que anteriormente pudieran existir -y de hecho existían- una televisión local por ondas en la práctica totalidad de los municipios de la

Comunidad Autónoma de Valencia, y a veces más de una en un mismo término municipal, y ahora desaparezcan la mayoría de ellas al quedar limitadas las emisoras a cuatro por cada demarcación territorial, limitándose injustificadamente los derechos consagrados en el artículo 20 de la Constitución, vulnerándose la libertad de empresa consagrada en el artículo 38 del propio texto fundamental y conculcándose el artículo 53.1 de la misma norma constitucional al no respetarse el contenido esencial de derechos fundamentales.

La Generalidad Valenciana se opone a este motivo por entender, primero, que la actora debió impugnar el acuerdo de la convocatoria y sus pliegos entre los que figuraba el número de canales en cada Demarcación y no ahora al no haber resultado adjudicataria de una concesión. Por otro lado, el número de canales en una Demarcación-cuatro- viene fijado en una norma estatal a la que se ha sujetado la Administración autonómica.

Señala, a este respecto, que resulta inadmisibile el planteamiento de la parte actora, al pretender discutir, una vez resuelto el concurso, el número de canales ofertados en la convocatoria, pues en su momento pudo haber reaccionado contra la convocatoria y sus pliegos -actos en los cuales se fijaba el número de canales en cada demarcación- si los consideraba contrarios a los preceptos que ahora invoca, y no una vez finalizado el concurso, cuando el resultado del mismo es contrario a sus intereses.

SÉPTIMO.- Con carácter previo a la resolución de este segundo motivo hemos de precisar, que el hecho de que la Ley 41/2005 fuera derogada por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual no priva de sentido, en principio, al planteamiento de la cuestión, pues, como advierte la STC 166/2007, de 4 de junio: "(...)en los procesos que dimanen de cuestiones de inconstitucionalidad, la derogación, modificación o sustitución de la norma cuya constitucionalidad se pone en duda no priva de sentido al proceso constitucional, ni impide, por sí sola, el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada, modificada o sustituida en el proceso a quo puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal. De modo que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en los recursos de inconstitucionalidad, en las cuestiones de inconstitucionalidad los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación, modificación o sustitución de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que tras esas operaciones resulte o no aplicable al proceso a quo y de que de su validez dependa la decisión a adoptar en el mismo (por todas, SSTC 233/1999, de 16 de diciembre, F. 3; 63/2003, de 27 de marzo, F. 3; 37/2004, de 11 de marzo, F. 1; y 253/2004, de 22 de diciembre, F. 4). "Ahora bien, hecha esta precisión, el motivo no puede prosperar.

En primer lugar, es preciso recordar que el planteamiento o no de la cuestión de inconstitucionalidad forma parte de la soberanía del Tribunal, pues, como recuerda el ATC 508/2005, de 13 de diciembre "el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, conferida por el art. 35.1 LOTC como cauce procesal para resolver las dudas que él mismo

pueda tener acerca de la constitucionalidad de una Ley que se revela de influencia decisiva en el fallo a dictar” (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, F. 3; 23/1988, de 22 de febrero, F. 1, por todas).” Por tanto, incumbía únicamente a la Sala de instancia decidir si plantea o no la cuestión al Tribunal Constitucional, con independencia del criterio de las partes.

En todo caso, el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad procedería si se hubiesen impugnado las bases de la convocatoria, lo que -como se razonó en el Fundamento de Derecho Quinto- no se hizo, y no cuando lo que se impugna es la adjudicación, porque siendo el objeto del pleito la resolución adjudicatoria de las concesiones, el fallo de la sentencia a dictar no depende de la validez del artículo 3 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, que establece la limitación a cuatro programas de televisión digital, para atender las necesidades de cada una de las capitales de provincia y autonómicas, y de cada uno de los municipios con una población de derecho superior a 100.000 habitantes si la capacidad del espectro lo permite. A mayor abundamiento, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, (por todas SSTC 31/1994, 47/1994, 98/1994, 240/1994, 281/1994, 307/1994, 12/1995, y 47/1996) no existe tacha de inconstitucionalidad en el hecho de que se considere como servicio público la Televisión por ondas y la reserva al Estado de limitar el número de canales.

Como quiera que en el motivo se hace referencia al Auto de esta Sala de 10 de marzo de 2004, es preciso destacar que entre el caso al que dio lugar dicho Auto y el aquí cuestionado existe una diferencia relevante, que explica la decisión de la Sala de instancia en el caso actual de no plantear la cuestión en relación al artículo 3 de la ley 41/1995.

El Auto de esta Sala de 10 de marzo de 2004 (recurso de casación 2918/1998) planteó la cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 1.1 y concordantes, y 6.1 de la Ley 42/1995, de 22 de diciembre, de Telecomunicaciones, por entender que la limitación a una sola televisión local por cable, abierta a concurso público mediante concesión en cada término municipal, suponía una restricción injustificada del derecho a formar una opinión pública libre y, por ello, de los artículos 20 y 38 de la Constitución. Ahora bien, esas dudas de constitucionalidad se planteaban en relación a la televisión por cable, lo que supone que no se da la ocupación del espacio radioeléctrico. Por el contrario, en este caso, en el que la inconstitucionalidad se pretende del artículo 3 de la Ley 41/1995, de 21 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, al tratarse de televisión por ondas, estamos ante la ocupación de ese espacio, que es el mismo supuesto al que se referían las sentencias del Tribunal Constitucional referidas.

Por las razones apuntadas, ninguna infracción de los artículos 9.3º, 20, 38 y 53.1 de la Constitución comete la sentencia recurrida en cuanto decide no plantear la cuestión de inconstitucionalidad de un artículo, el 3 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, que además ninguna relación guarda con la pretensión anulatoria deducida, de conformidad con el artículo 163 de la Constitución y 35.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

OCTAVO.- En el tercer motivo, formulado al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley Jurisdiccional se denuncia la infracción del artículo 42 de la Ley 30/1992, toda vez que la base 25 de la correspondiente convocatoria señalaba que el órgano de contratación disponía de un plazo máximo de cinco meses, desde la publicación del anuncio de la convocatoria, para la adjudicación de las concesiones, añadiendo que el plazo podía ser prorrogado, como máximo, hasta el 31 de diciembre de 2005. Sin embargo, las concesiones se adjudicaron por resolución de la Consejería de Relaciones Institucionales y de Comunicación de 30 de enero de 2006; es decir, fuera del plazo establecido en la propia convocatoria, incluida la prórroga del mismo.

La parte recurrente estima que la fundamentación de la sentencia acerca de este extremo vulnera el artículo 42 de la Ley 30/1992, habiéndose producido, a su modo de ver, la caducidad del procedimiento, lo que determina la anulación de la resolución del concurso, por haberse adoptado precisamente en un procedimiento caducado.

La Administración recurrida se opone al motivo porque no cabe apreciar vulneración alguna del artículo 42 de la Ley 30/1992, cuando este artículo hace referencia a la obligación de resolver por parte de la Administración, obligación que en este caso se ha cumplido, al haberse dictado la resolución expresa cuya impugnación da origen al recurso contencioso-administrativo promovido.

Argumenta también la parte recurrida que los efectos asociados a una eventual caducidad de los procedimientos iniciados de oficio vienen establecidos en el artículo 44.2 de la misma Ley 30/1992, el cual, sin perjuicio de no citarse como infringido en ninguno de los motivos de casación, anuda dicho efecto a procedimientos en que la Administración ejercita potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, sin que pueda entenderse incluido entre dichos procedimientos los de contratación administrativa.

NOVENO.- El motivo no puede prosperar, pues el artículo 42 de la ley 30/1992 que se cita como infringido se limita a establecer la obligación de la Administración de dictar resolución expresa y notificarla en todos los procedimientos y, en su párrafo 2 el plazo máximo de seis meses para notificar la resolución que ponga fin al procedimiento. Es el artículo 44 de dicha ley, precepto que no se cita como infringido, el que establece la caducidad de aquellos procedimientos en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, pero no es este el caso de los procedimientos de contratación.

Por otra parte, el 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, no establecía el efecto de la caducidad al transcurso del plazo establecido para la adjudicación del contrato, sin perjuicio de lo establecido en sus artículos 83.1, párrafo segundo, y 89.2, a cuyo tenor "de no dictarse el acuerdo de adjudicación dentro del plazo, los empresarios admitidos a concurso tendrán derecho a retirar su proposición y

a que se les devuelva o cancele la garantía que hubiesen prestado”; de donde se deduce que el incumplimiento de la obligación de resolver no significa que el procedimiento de adjudicación haya concluido, sino que sólo continúa con los licitadores que no hayan hecho uso de su derecho a retirar la proposición correspondiente.

Y, como dice la Administración recurrida, si la recurrente mantuvo su proposición para optar a una de las concesiones en la demarcación por la que presentó oferta, sin hacer uso del derecho que le confería el mencionado artículo 89.2 de la referida Ley de Contratos, carece ahora de fundamento pretender obtener la declaración de caducidad del expediente.

DÉCIMO.- Por razones de lógica jurídica en el análisis de las cuestiones planteadas conviene que examinemos primero el motivo quinto, con prioridad al cuarto.

El motivo quinto, al amparo del artículo 88.1,d) de la LJCA denuncia la infracción del artículo 88 del Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, al considerar la sentencia recurrida que la demanda está impugnando las bases de la convocatoria que devinieron firmes y consentidas. En realidad, lo que cuestionaba la demanda era la infracción del artículo 88 del citado Texto Refundido, dado que la Mesa de Contratación no había cumplido la obligación de ponderar los criterios de valoración establecidos en las bases de la convocatoria del concurso.

Considera, por tanto, que no se estaban impugnando las bases de la convocatoria, sino un incumplimiento de la legislación estatal en materia de contratación, consistente en que las bases de la convocatoria obligaban a la mesa de contratación a evaluar las proposiciones de los licitadores conforme a los criterios establecidos en las propias bases, incluso pudiendo realizar la evaluación con el asesoramiento técnico y petición de informes que se estimasen necesarios. Y añade que una cosa es que se permita contar con el asesoramiento de informes técnicos, y otra muy distinta es que la mesa de contratación no cumpla con la obligación de ponderar “en todo caso”, conforme establece el artículo 81 de la Ley de Contratos, los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

A este quinto motivo se opone la Administración recurrida porque en el escrito de preparación del recurso no se hizo referencia alguna al artículo 88 del Real Decreto Legislativo 2/2000, que ahora se invoca como infringido, por lo que, al tratarse de una cuestión no planteada en la instancia, no puede ser abordada en el presente recurso.

Ello es así, como razona la representación de la parte recurrida con transcripción selectiva de la sentencia de esta Sala (Sección Cuarta) de 13 de julio de 2005 (Rec. cas. 997/02), porque el fin del recurso de casación no es reexaminar de nuevo las cuestiones debatidas en instancia y un hipotético examen de cuestiones no consideradas en dicha instancia afectan a las posibilidades de alegación y prueba que corresponden a aquel momento procesal.

UNDÉCIMO.- Dadas las tesis contrapuestas respecto al motivo quinto, tenemos que comenzar rechazando el planteamiento de la Administración recurrida, pues en el escrito de preparación se denuncia la infracción del art. 89 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto dice que: “La Mesa de Contratación calificará previamente los documentos presentados en tiempo y forma, procederá, en acto público, a la apertura de las proposiciones presentadas por los licitadores y las elevará, con el acta y la propuesta que estime pertinente, que incluirá en todo caso la ponderación de los criterios indicados en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares al órgano de contratación que haya de efectuar la adjudicación del contrato.” Este precepto es el equivalente al artículo 88.1 del Real Decreto legislativo 2/2000, que es el texto refundido de dicha Ley, y, por tanto ninguna infracción existe en la denuncia formulada quedando claro que, pese a lo que afirma la sentencia recurrida de que se pretende impugnar unas bases, anexos y cláusulas aceptadas, lo que se denuncia es que la Mesa de contratación no valoró por las razones que expone a continuación las ofertas presentadas en relación con los distintos criterios que contempla el Pliego.

A partir de aquí, hemos de recordar que el Pliego en su cláusula 16 d) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a propósito de la evaluación de las ofertas dispone que: “(...)de conformidad con lo establecido en las correspondientes cláusulas del presente Pliego, se procederá con el asesoramiento técnico y petición de informes que, si corresponde, se estimen y consideren necesarios, a la evaluación de las ofertas por la Mesa de Contratación y a la elevación de la propuesta de resolución al órgano de contratación.” A su vez, la cláusula 24 del Pliego establece que “la Mesa de Contratación evaluará las proposiciones de acuerdo con los siguientes aspectos propuesta tecnológica, propuesta económica, programación. La puntuación total de la oferta será el resultado de adicionar las puntuaciones parciales obtenidas para cada grupo de evaluación.

Finalizado el proceso de valoración la Presidencia de la Mesa de contratación elevará la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.” Es decir, tanto el artículo 88 del Real Decreto Legislativo 2/2000, como el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que constituye la ley del concurso, imponían a la Mesa de Contratación ponderar o valorar las ofertas presentadas.

Sin embargo esta función en realidad se delega o externaliza a una empresa, Doxa Consulting, cuyo objeto es, precisamente, realizar “el resumen ejecutivo de la valoración efectuada para cada lote concursal con base en la ponderación de los criterios del pliego a modo de recomendación a la Mesa de Contratación. Cuadros analíticos y cuantitativos de la valoración efectuada de cada una de las ofertas para cada uno de los criterios del Pliego. Breve argumentación de las valoraciones de las mejores ofertas licitadoras para cada criterio de valoración.” No ofrece duda por ello, la posibilidad de realizar una recomendación a la Mesa de Contratación a modo de informe técnico de asesoramiento y, prueba de ello es que el propio Pliego en la cláusula 16 d) admite, previamente a la evaluación de las ofertas por la Mesa de

Contratación, recabar el asesoramiento técnico y petición de informes que se consideren necesarios; es más, aquella puede requerir en cualquier momento del proceso la asistencia de asesores externos, que podrán asistir con voz, pero sin voto, a las reuniones que se considere oportunas. Esta cláusula revela, sin lugar a dudas, el propósito de atribuir en exclusiva a la Mesa de Contratación la función de valorar las ofertas como se deduce además de la cláusula 24 del Pliego.

Por tanto, el recurso a un asesoramiento externo es posible, pero ello no supone asumir sin más la valoración hecha por esa empresa externa, dando por buena su valoración, incumpliendo la Mesa de Contratación de forma flagrante su función de valorar las ofertas que es propia e indelegable.

Nótese que la discrecionalidad técnica es la consecuencia de la decisión adoptada por un órgano compuesto por personas que, por formar parte de la Administración y gozar de determinados conocimientos técnicos en la materia de que se trate, reúnen sobre todo la garantía de objetividad e imparcialidad, que no es propia de una entidad privada. Esa garantía se ve reforzada por la posibilidad de cualquier interesado de recusar a los miembros del órgano técnico en caso de apreciar dudas sobre su objetividad e imparcialidad. De ahí la necesidad de que en materia de contratación sea la Mesa de Contratación el órgano que valore, de conformidad con la Ley y lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, las ofertas a fin de seleccionar la más idónea.

Por el contrario, si, como aquí ha sucedido, la valoración la realiza directamente una entidad privada, cuya competencia técnica puede ser indiscutible, pero carece de las notas de objetividad e imparcialidad que es propia de los órganos técnicos de la Administración, se omiten los fundamentos sobre los que se asienta su presunción de acierto. Cuestión distinta sería si, a partir de la valoración hecha por Doxa Consulting, la Mesa de Contratación hubiera matizado, modulado o corregido dichos criterios, es decir, se hubiera servido de esa evaluación previa, basada en el conocimiento y experiencia técnica de Doxa Consulting para hacer su propia valoración. Sin embargo ello no ha sido así, y ello nos permite apreciar la infracción del artículo 88 del Real Decreto Legislativo 2/2000 por incumplimiento de la función propia de la Comisión de Valoración de ponderar los criterios indicados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

La cláusula 24 del Pliego establece que la Mesa de Contratación evaluará las proposiciones de acuerdo con los siguientes aspectos: propuesta tecnológica, propuesta económica, programación. La puntuación total de la oferta será el resultado de adicionar las puntuaciones parciales obtenidas para cada grupo de evaluación.

Finalizado el proceso de valoración la Presidencia de la Mesa de contratación elevará la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 88 del TRLCAP, que exige a la Administración motivar la resolución de adjudicación “ (...) con referencia a los criterios

de adjudicación del concurso que figuren en el pliego” En el presente caso no se trata de que la Mesa de Contratación recabe un asesoramiento externo o de que, como dice la cláusula 20 del Pliego pueda requerir en cualquier momento del proceso la asistencia de asesores externos, sino que se encarga directamente a esta empresa Doxa Consulting la valoración de las ofertas en relación a los diferentes aspectos que contempla el Pliego y la Mesa de Contratación la asume como propia, incumpliendo así la función de valoración por sí misma que le encomienda el Pliego, o de ponderar los criterios.

Precisamente en la sentencia de 20 de marzo de 2012 rec. 1293/2009, a propósito del artículo 88.1 del Texto Refundido 2/2000 hemos dicho que: “ponderar los criterios no puede reducirse a la sola atribución de puntos a cada solicitante por cada uno de los criterios establecidos al efecto. Si el precepto estuviese pensando en la sola asignación de una calificación numérica habría hablado de puntuación y no de ponderación. Ponderar es algo más que atribuir una puntuación. Supone una valoración que permite llegar a la conclusión en la que se plasma el resultado de esa operación. Valoración que, en casos como el contemplado en este proceso, se lleva a cabo comparando las solicitudes con los criterios sentados para adjudicar las concesiones. Y, naturalmente, la expresión de las razones que han conducido a la asignación de puntos, o sea de la ponderación, es fundamental para el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa.” En el caso que nos ocupa, no existe tal ponderación sino simplemente la asunción de la puntuación numérica otorgada por Doxa Consulting, de tal manera que la presunción de acierto y legalidad de la decisión administrativa resulta desvirtuada pues aunque formalmente proviene de la Mesa de contratación no se puede garantizar el principio de imparcialidad que debe presidir su actuación.

Y, además, la resolución dictada con fecha 30 de enero de 2006 por el Conseller de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Generalidad Valenciana por la que se adjudican las concesiones para la explotación de programas de televisión digital terrestre con cobertura local no refleja la valoración hecha por Doxa Consulting.

Esta Sala no ignora que en las sentencias de 23 de febrero de 2012 rec. 2832/09 y 8 de marzo de 2012 rec. 2836/2009, en las que se analizaba la adjudicación de las concesiones para la explotación de programas de televisión digital terrestre con cobertura local hemos dicho que: “Al examinar esta cuestión procede subrayar que en las actuaciones constan los criterios asumidos por la mesa de contratación, para otorgar las puntuaciones que corresponden a los licitadores en cada una de las respectivas demarcaciones y la incorporación a la resolución de adjudicación del informe emitido por "Doxa Consulting" era innecesaria, pues la motivación de las puntuaciones asignadas a cada licitador queda incorporada al expediente administrativo con aquel informe, cuyos criterios asume la mesa de contratación en los términos establecidos en el artículo 89.5 de la Ley Procedimental Administrativa Común, de forma que la precisa puntuación realizada por la mesa de contratación tiene en cuenta los informes recibidos y ha de considerarse acertada no sólo por la presunción de validez y legalidad de los actos administrativos (artículo 57.1 de la Ley 30/92 modificada por la Ley 4/99), sino por la consideración de que se trata de un acto

dictado en ejercicio de la llamada discrecionalidad técnica de la Administración, debidamente motivado conforme a criterios técnicos y profesionales, pues las distintas actas se integran en la motivación del acuerdo recurrido.”

Ahora bien, esa afirmación la hacíamos respondiendo al concreto planteamiento de los motivos de impugnación esgrimidos en aquellos recursos, en los que se destacaba esencialmente la infracción de los artículos 54.2 y 89.5 de la Ley 30/1992, al ignorarse el papel desempeñado por Doxa Consulting en la adjudicación. En los recursos de casación 2832/2009 y 2836/2009 los escritos de interposición son idénticos, y, en ambos era el motivo primero, al amparo del artículo 88.1.c) de la LJCA por incongruencia de la sentencia el que específicamente denunciaba que “la Mesa de contratación al hacer suyo íntegramente el informe de Doxa Consulting SL sin dar ninguna aportación propia ni otra aportación que pudiera considerar que contiene una valoración ajustada al pliego de condiciones, restringe absolutamente su función. Todo ello supone una distorsión del procedimiento de evaluación que no minimiza sino que vacía de contenido el cometido de la Mesa de Contratación.” Sin embargo este motivo fue inadmitido en dichas sentencias, por no justificar la falta de correlación entre lo pedido y lo resuelto y utilizar la vía del artículo 88.1.c) para denunciar la infracción del artículo 54 de la Ley 30/92, ya que, se decía, tuvo que ampararse en el artículo 88.1.d) de la ley Jurisdiccional.

Lo propio sucedió con el motivo cuarto de aquellos recursos de casación, en los que se denunciaba la arbitrariedad de la Administración por infracción del artículo 9.3 de la Constitución, al cuestionar el papel de la Mesa de Contratación en relación con la actuación de Doxa Consulting. Dicho motivo fue inadmitido por dirigir la crítica a la actuación administrativa y no a la sentencia, impidiendo así el enjuiciamiento de fondo de la infracción que denunciaba el motivo.

Finalmente, el motivo quinto de aquellas sentencias alegaba únicamente la infracción del artículo 54 de la Ley 30/92, y aunque se citaba tangencialmente el artículo 88.2 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, este precepto carecía de desarrollo argumental alguno y de ahí la respuesta ofrecida en las sentencias de 23 de febrero de 2012 rec. 2832/09 y 8 de marzo de 2012 rec. 2836/2009. En cualquier caso, es necesario recordar que el Tribunal puede cambiar el criterio seguido en fallos anteriores, motivándolo suficientemente. Como recuerda la STC 38/2011, de 28 de marzo, la infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley requiere “la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició” y, ya hemos explicado que en las sentencias citadas el planteamiento de los motivos de casación impidió que pudiéramos entrar a examinar en plenitud las infracciones denunciadas a propósito de la falta de ponderación de los criterios por la Mesa de Contratación y que, ahora, tras un correcto planteamiento de la cuestión, acogemos.

Procede, en consecuencia la estimación del motivo quinto del recurso.

DUODÉCIMO.- El cuarto motivo, al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa alega la infracción de los artículos 54 y 89.5 de la Ley 30/1992 y 24.1 de la Constitución, al razonar la sentencia impugnada que el hecho de que no se incorporase a la resolución de la convocatoria el dictamen que sirvió de base a la misma, no infringe el ordenamiento jurídico, al tratarse de un dictamen que fue asumido por la mesa de contratación, no teniendo la consideración de informe técnico a los efectos del artículo 89.5 de la Ley 30/1992, sino de asesoramiento a la mesa de contratación, ni ser un informe técnico obligatorio y vinculante; lo que supone desconocer que en el expediente administrativo, y más concretamente en la propia resolución que puso fin al mismo, se hace constar expresamente el carácter técnico del informe en que se basó para la adjudicación de las concesiones.

A este respecto sostiene la sociedad recurrente que el hecho de que dicho informe no sea obligatorio y vinculante, en absoluto justifica que no se incorporase al texto de la resolución, pues se trata de la única y verdadera justificación de la misma, que es a lo que obliga el artículo 89.5 de la Ley 30/1992 en relación con el artículo 54 del mismo cuerpo legal, de forma que la no incorporación del informe técnico a la resolución recurrida deja a ésta huérfana de motivación, con lo que ello implica también de vulneración del derecho a la prohibición de indefensión, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución.

La Administración recurrida se opone a este motivo, porque la resolución dictada por el órgano de contratación se ajusta a la propuesta de adjudicación emitida por la mesa de contratación en fecha 29 de diciembre de 2005, previamente asumido el informe emitido por "Doxa Consulting" por la Dirección General de Promoción Institucional en su informe propuesta de fecha 23 de diciembre de 2005.

Añade que lo que no ha hecho la parte actora -en ninguno de los motivos del recurso-, es alegación alguna en relación con la infracción, por el informe que asume la mesa de contratación, de los pliegos que regían el concurso, que pudiera conllevar un resultado distinto en la adjudicación, pues se trata de un supuesto de discrecionalidad técnica de los órganos de la Administración, en cuanto aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, y sus apreciaciones sólo se justifican en la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación, presunción iuris tantum, que no ha quedado desvirtuada por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado.

DECIMOTERCERO.- La estimación del motivo quinto del recurso, que se acaba de razonar en el Fundamento de Derecho Undécimo, conduce de modo coherente a la del motivo cuarto, que ahora analizamos.

A la hora de resolver este motivo de casación hemos de partir del artículo 54.2 de la Ley 30/1992, según el cual, la motivación de los actos que pongan fin a los

procedimientos de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte. En este caso, la cláusula 24 del Pliego establece que la Mesa de Contratación evaluará las proposiciones de acuerdo con los siguientes aspectos propuesta tecnológica, propuesta económica, programación. La puntuación total de la oferta será el resultado de adicionar las puntuaciones parciales obtenidas para cada grupo de evaluación.

Finalizado el proceso de valoración la Presidencia de la Mesa de contratación elevará la propuesta de adjudicación al órgano de contratación.

Pues bien, en el presente caso, la resolución de 30 de enero de 2006 de adjudicación de las concesiones se limita a decir "vista la propuesta de la mesa de Contratación de fecha 29 de diciembre de 2005 de adjudicación de los lotes de este concurso según el informe técnico elaborado siguiendo los criterios objetivos de valoración establecidos en los Pliegos de Cláusulas Administrativas que rigen la presente contratación."

A su vez, la resolución de 12 de abril de 2006 que desestima el recurso de reposición frente a la anterior afirma lo siguiente: "no se aprecia falta de motivación del acto recurrido ni indefensión ni quiebra del mandato constitucional de garantizar la seguridad jurídica, como alega el recurrente, ya que consta en el expediente el informe técnico en el que se explica de forma detallada la aplicación de los criterios de valoración establecidos en los pliegos a las distintas ofertas técnicas presentadas en cada demarcación y la puntuación obtenida por cada una de ellas, habiendo servido este informe de base para la propuesta formulada por la mesa de contratación y, en definitiva, para la resolución de adjudicación. La recurrente ha podido y puede tener acceso a esta información como interesada en el expediente y fundar su impugnación en las discrepancias que pueda oponer al mismo, por lo que no existe la indefensión alegada. En cuanto a los criterios seguidos para puntuar las ofertas, son los que figuran en un anexo del pliego de cláusulas administrativas particulares que la licitadora manifestó conocer y aceptar al presentarse al concurso." Lo cierto es que la resolución recurrida no permite conocer al recurrente las razones por las que su oferta no fue seleccionada, a pesar de que el artículo 88 del TRLCAP, exige a la Administración motivar la resolución de adjudicación "(...) con referencia a los criterios de adjudicación del concurso que figuren en el pliego".

Además, el artículo 89.5 de la Ley 30/92 dice que "la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma." En este caso, la resolución recurrida hace referencia a la propuesta de la Mesa de Contratación, efectuada en función del informe técnico que no se incorpora a la resolución, por lo que coloca a la entidad recurrente en la imposibilidad de conocer la valoración otorgada a las distintas ofertas y cuestionar la misma. El hecho de que pueda consultar el expediente en el que figura el informe técnico, no convierte en motivada una resolución que no lo está, lo que, como se anticipó, conduce a la estimación del motivo.

DECIMOCUARTO.- El sexto y último motivo del recurso se formula, al amparo del artículo 88.1,d) de la Ley Reguladora por infracción del artículo 7 de la Ley 41/1995, al considerar la entidad recurrente, a diferencia de lo fundamentado en la sentencia impugnada, que en la demanda no se denunciaba que los adjudicatarios fueran a emitir en cadena, pues lo que realmente se denunciaba era el hecho de que formaban parte de una cadena de televisión desde el momento en que concurrían las circunstancias establecidas en el apartado 2 del expresado artículo 7 de la Ley 41/1995, existiendo, por tanto, una unidad de decisión en, al menos, ocho demarcaciones, cosa que prohíbe el citado precepto.

La recurrente pone de manifiesto que la Ley 41/1995 ha sido objeto de distintas modificaciones por las Leyes 53/2002 y 62/2003, ambas de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, así como por la Ley 10/2005, de Medidas Urgentes para el Impulso de la Televisión Digital Terrestre, de Liberalización de la Televisión por Cable y de Fomento del Pluralismo; sin embargo los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la citada Ley 41/1995, que proscriben la constitución de cadenas de televisión, no han sido objeto de modificación, con lo que, en su opinión, queda clara la voluntad del legislador de mantener la prohibición que refleja el espíritu del régimen jurídico de las televisiones locales por ondas, que no es otro que evitar la concentración de medios y fomentar los operadores de proximidad independientes entre sí, a fin de dar cumplimiento a los principios establecidos en su artículo 6.g). Y termina manteniendo que, por lo expuesto, no se trata de que se vaya a emitir en cadena, sino de que con las concesiones adjudicadas se han creado varias cadenas de televisión digital terrestre en contra de lo dispuesto en el reiterado artículo 7 de la Ley 41/1995.

A este último motivo se opone la recurrida, porque, a su juicio, reitera lo manifestado en el escrito de demanda y, a juicio de la Administración recurrida, constituye una previsión de futuro carente de prueba alguna.

Y termina poniendo de relieve dicha Administración que por la mera circunstancia de ser adjudicataria de una concesión en diversas demarcaciones no se vulnera la prohibición del artículo 7 de la Ley 41/1995, pues sólo mediante el control de las emisiones en cada demarcación -hecho futurible como indicó la sentencia de instancia y ajeno por tanto al debate que suscita el acto administrativo impugnado- se puede comprobar si se infringe el límite establecido en el apartado tercero del citado precepto.

DECIMOQUINTO.- El motivo no puede prosperar. La recurrente pone de relieve que las entidades que resultaron ser adjudicatarias en la demarcación en la que concurría Servicios de Difusión Tele Elx S.A.V también lo fueron en la demarcación de Alcira, Sagunto, Torrent, (Libertad Digital Televisión, SA) Benidor, Castellón, Valencia (Unedisa Telecomunicaciones S.L.U) Alicante y Orihuela Torrevieja (Comunicación Audiovisual de Editores, SL) y, por lo tanto, existe una unidad de decisión en al menos ocho demarcaciones.

El artículo 7 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres dispone lo siguiente:

“1. Las televisiones locales por ondas terrestres no podrán emitir o formar parte de una cadena de televisión.

2. A estos efectos, se entenderá que forman parte de una cadena aquellas televisiones en las que exista una unidad de decisión, considerándose que esta unidad de decisión existe, en todo caso, cuando uno o varios socios, mediante la agrupación de acciones, ejerzan la administración de dos o más sociedades gestoras del servicio, posean en éstas la mayoría de los derechos de voto, o tengan derecho a nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de sus respectivos consejos de administración.

3. Se entenderá que emiten en cadena aquellas televisiones locales que emitan la misma programación durante más del 25 por 100 del tiempo total de emisión semanal, aunque sea en horario diferente.” El precepto establece una doble prohibición, la de emitir en cadena, que es sobre la que se pronunció la sentencia, entendiéndose que en el presente caso era una actuación futurible, pronunciándose que la recurrente rechaza, queriendo dejar claro que lo que denuncia no es que los adjudicatarios de las concesiones vayan a emitir en cadena, sino que forman parte de una cadena de televisión, por concurrir las circunstancias previstas en el apartado 2 del artículo 7. Ahora bien, las circunstancias que determinan la existencia de una unidad de decisión se refieren al control que una cadena de televisión puede ejercer sobre las sociedades gestoras del servicio en un ámbito territorial determinado (el que es objeto de la concesión), pero no se da por el hecho de que en varias demarcaciones resulte adjudicataria la misma empresa licitadora, En ese caso puede producirse el riesgo de la emisión en cadena, pero se trata de una posible actuación futura, que, como prevé el apartado 5 del precepto, puede autorizarse en atención a características de proximidad territorial y de identidades sociales y culturales de dichos Municipios. En todo caso, se trataría de una actuación ajena al ámbito del presente recurso.

DECIMOSEXTO.- De conformidad con el art. 95.2.d) LJCA, la anulación de la sentencia impugnada exige ahora resolver el litigio en los términos en que ha quedado planteado. Pues bien, la única pretensión formulada por la entidad recurrente en su demanda es que se anule la resolución recurrida, pues la pretensión de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 41/1995, ya ha sido rechazada al resolver el motivo segundo.

Por lo tanto, la pretensión anulatoria de la recurrente, por las razones expuestas con anterioridad, resulta ajustada a derecho y el recurso contencioso-administrativo debe ser estimado.

DECIMOSÉPTIMO.- Con arreglo al art. 139 LJCA, no procede hacer imposición de las costas de este recurso de casación y, en cuanto a las costas de la instancia, no se aprecia temeridad o mala fe que justifiquen una condena al pago de las mismas.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

1º.- Que debemos declarar, y declaramos, haber lugar al recurso de casación promovido por la Procuradora de los Tribunales doña María Soledad Castañeda González, en nombre y representación de la entidad mercantil “Servicios de Difusión Tele Exl, S.A.U.”, contra la mencionada sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de fecha 18 de julio de 2008, sentencia que, por tanto, anulamos.

2º.- En su lugar, estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de “Servicios de Difusión Tele Exl, S.A.U.”, declaramos la nulidad de la resolución de 30 de enero de 2006 dictada por el Conseller de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Generalidad Valenciana, por la que se adjudican las concesiones para la explotación de programas de televisión digital terrestre con cobertura local y contra la resolución de 12 de abril de 2006 de la Subsecretaria de la Presidencia por delegación del Presidente que desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra aquella. 3º Sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. José Manuel Sieira Míguez.- Nicolás Maurandi Guillén.- Pablo Lucas Murillo de la Cueva.- José Díaz Delgado.- Vicente Conde Martín de Hijas.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.