

DENOMINACIÓN:

ACUERDO DE 4 DE ABRIL DE 2017, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE DESESTIMA LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN FORMULADA EN EL RECURSO DE ALZADA INTERPUESTO CONTRA EL ACUERDO DE LA MESA DE VALORACIÓN DE 10 DE ENERO DE 2017, DE EXCLUSIÓN DEL CONCURSO PÚBLICO PARA LA ADJUDICACIÓN DE LICENCIAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL TELEVISIVO PRIVADO DE CARÁCTER COMERCIAL DE ÁMBITO LOCAL.

VISTA la solicitud de suspensión formulada en el recurso de alzada interpuesto por ... en nombre y representación de la entidad TELEVISIÓN CAMPO DE GIBRALTAR, S.A. contra el Acuerdo de la Mesa de Valoración de 10 de enero de 2017, de exclusión de dicha entidad del concurso público para la adjudicación de licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo privado de carácter comercial de ámbito local convocado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de agosto de 2016 y sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de agosto de 2016 fue publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el Acuerdo de 2 de agosto de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se convoca concurso público para la adjudicación en régimen de concurrencia, de licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo privado de carácter comercial de ámbito local en Andalucía y se aprueba el Pliego de Bases que ha de regir el mismo. La entidad TELEVISIÓN CAMPO DE GIBRALTAR, S.A. presentó solicitud de participación en dicho concurso público.

Constituida la Mesa de Valoración de conformidad con la Base 8 del Pliego de Bases para efectuar el análisis y valoración del contenido del sobre de documentación administrativa, ésta acordó conceder plazo de subsanación a la citada entidad, de conformidad con lo establecido en el apartado 2º de la Base 9ª del Pliego de Bases, requiriéndole la presentación de la escritura de constitución y los estatutos debidamente inscritos en el Registro Mercantil y el resguardo acreditativo de la constitución de la garantía provisional por la solicitud presentada, requerimiento que fue notificado el 27 de diciembre de 2016 indicando expresamente el plazo concedido al efecto, la aplicación del artículo 48.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en relación con lo dispuesto por la letra a) de la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, así como la advertencia de exclusión del concurso en caso de incumplimiento.

Mediante escrito presentado en el registro general de la Consejería de la Presidencia y Administración Local el día 29 de diciembre de 2016, la entidad procedió a remitir copia autenticada de la escritura de constitución y los estatutos debidamente inscritos en el Registro Mercantil, alegando la no obligatoriedad de constituir la garantía establecida en el apartado 5 de la Base 6º del Pliego.

Con fecha 10 de enero de 2017, la Mesa de Valoración acordó, en relación con la citada entidad, que:

"Se procede a la apertura de la documentación en la que se aporta copia autenticada de la escritura de constitución y los estatutos debidamente inscritos en el Registro Mercantil.

Asimismo, presenta un escrito en el que manifiesta que no ha constituido la garantía provisional exigida en el apartado 5 de la Base 6ª del Pliego.

Razona que la falta de constitución de la garantía provisional exigida la fundamenta en que entiende que la misma no se ajusta a Derecho por ser contraria a la nueva configuración jurídica surgida tras la aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y por la ausencia de aplicación de la normativa de contratación administrativa y de la legislación sobre patrimonio a este tipo de licencias.

La Mesa considera que no cabe acoger lo manifestado por la entidad licitadora en su escrito ya que el Pliego de Bases constituye la "ley" por la que se rige el concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes solicitan tomar parte en el mismo, especialmente cuando dichas bases no han sido impugnadas por la propia licitadora, la cual ha participado en el concurso presentando su solicitud, por lo que acepta someterse a sus reglas tal y como establece la Base 3ª del Pliego, lo que presupone la aceptación íntegra de las bases que lo rigen, por lo que la Mesa acuerda que no habiendo cumplido el requisito previsto en el citado apartado 5 de la Base 6ª, NO SUBSANA, QUEDANDO EXCLUIDA DEL CONCURSO".

Con fecha 23 de enero de 2017 la Mesa de Valoración del concurso, concluidas las actuaciones relativas al análisis y valoración de la documentación administrativa presentada en la fase de subsanación, de conformidad con lo establecido en el apartado 2 de la Base 9ª del Pliego, ratifica los acuerdos adoptados relativos a las personas o entidades participantes que quedan admitidas o excluidas del concurso.

SEGUNDO.- Contra el referido acuerdo de exclusión, notificado el día 7 de febrero de 2017, la entidad interesada interpuso recurso de alzada, cuyas alegaciones, por constar en el expediente administrativo, se dan por reproducidas, solicitando la suspensión de la ejecución de la actividad administrativa objeto del recurso, así como vista del expediente.

TERCERO.- Con fecha 22 de marzo de 2017 se emitió informe por la Asesoría Jurídica de la Consejería de la Presidencia y Administración Local.

CUARTO.- Con fecha 24 de marzo de 2017 se emitió informe por la Dirección General de Comunicación Social sobre la denegación con respecto a la solicitud de suspensión promovida en el escrito de recurso de la entidad TELEVISIÓN CAMPO DE GIBRALTAR, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es competente para resolver sobre la solicitud de suspensión formulada en el recurso de alzada el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo establecido en los arts. 117.2 y 121 y letra c) de la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el Acuerdo de 2 de agosto de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se convoca concurso público para la adjudicación, en régimen de concurrencia, de licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo privado de carácter comercial de ámbito local en Andalucía, y se aprueba el Pliego de Bases que ha de regir el mismo.

SEGUNDO.- La recurrente solicita la suspensión de la exclusión del concurso acordada por la Mesa de valoración sobre la base de los perjuicios de muy difícil reparación que se le causarían, en que el vicio de nulidad es patente y notorio y en lo indiciario de la debilidad del interés público.

El régimen jurídico de esta solicitud de suspensión cautelar de la ejecución del acto impugnado viene establecido en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por cuanto respecto del régimen de los recursos, la regla aplicable es la letra c) de su disposición transitoria tercera, que establece que *Los actos y resoluciones dictados con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán, en cuanto al régimen de recursos, por las disposiciones de la misma*. El artículo 117 citado establece que *la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado* y asimismo determina que *no obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a tercero la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.*

La recurrente fundamenta la solicitud de suspensión, en primer lugar, en la circunstancia prevista en el artículo 117.2.b) de Ley 39/2015, de 1 de octubre, al considerar que el acuerdo incurre en la causa de nulidad de pleno derecho de los actos de las Administraciones Públicas prevista en el artículo 47.1 de la citada Ley, señalando que "tal vicio surge de formas patente y notoria".

En segundo lugar, fundamenta su petición de suspensión en la circunstancia prevista en el artículo 117.2.a) de la misma Ley, por entender que el acuerdo de exclusión ocasiona para su empresa un perjuicio de muy difícil reparación, amén de que le ocasionaría unas pérdidas que estarían injustificadas.

Para valorar la medida cautelar solicitada ha de tenerse en cuenta que, como ha señalado la jurisprudencia, el principio de eficacia de la actuación administrativa al que alude el artículo 103.1 de la Constitución, unido al principio de presunción de legalidad de los actos administrativos al que actualmente se refiere el artículo 39.1 de la Ley 39/2015, da lugar a la regla general de ejecutividad de los actos administrativos, efecto que, en principio, se mantiene aunque se formule cualquier recurso, de conformidad con lo establecido en su artículo 117.1.

Al mismo tiempo, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se han pronunciado reiteradamente sobre la compatibilidad de la presunción de legalidad y la ejecutividad de los actos administrativos con el derecho a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución y que reclama que el control jurisdiccional previsto en el artículo 106.1 de la Constitución haya de proyectarse sobre la ejecutividad del acto administrativo, exigiendo la armonización de ambos principios. Esta necesidad de armonización da lugar a que la regla general de ejecutividad haya de ser controlada en cada caso concreto, contemplando, por un lado, en qué medida el interés público demanda ya una inmediata ejecución y, por otro, qué tipo de perjuicios se podrían derivar de aquella ejecución.

Por otro lado, el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispone que *previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, podrá acordarse la suspensión del acto o disposición objeto de un recurso cuando la ejecución de aquel o la aplicación de ésta pudieran hacer perder su finalidad legítima al mismo,*

añadiendo, que en la medida cautelar podrá denegarse cuando de esta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de terceros.

En definitiva, interés público e intereses de terceros, por una parte y perjuicios individuales, unidos a una finalidad legítima del recurso, por otra, son los conceptos que deben determinar la procedencia o improcedencia de una eventual suspensión teniendo en cuenta que los conceptos aludidos han de valorarse, en cada caso en muy directa relación con el interés público presente en la actuación administrativa (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1994).

Pues bien, de conformidad con reiterada jurisprudencia, la adopción de cualquier medida cautelar queda condicionada a la concurrencia de los siguientes requisitos: que con la inmediata ejecución haya de ocasionarse para el recurrente daños o perjuicios de reparación imposible o difícil derivados de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, esto es, la concurrencia de un peligro o daño para el derecho cuya protección se impetra, derivado del retraso en la resolución del recurso, periculum in mora cuya demostración corresponde al solicitante y que el interés público o de tercero no demanden la plena e inmediata ejecución del acto sin esperar a lo que se resuelva definitivamente en el recurso, por así exigirlo razones inherentes a dichos intereses.

Por otra parte, la apariencia de buen derecho sirve para modular la intensidad del daño apreciable con la adopción de la medida cautelar, en punto a la valoración de intereses en conflicto que ordena la Ley, debiendo tenerse en cuenta sobre esta cuestión la doctrina jurisprudencial consolidada según la cual, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión, y por el contrario, cuando aquella exigencia sea de gran intensidad, sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión de su ejecución.

TERCERO.- Sentado lo anterior, y teniendo en cuenta el informe emitido por la Dirección General de Comunicación Social sobre la denegación con respecto a la solicitud de suspensión promovida en el escrito de recurso de la entidad TELEVISIÓN CAMPO DE GIBRALTAR, S.A., los motivos alegados para fundamentar la solicitud de suspensión cautelar del acuerdo de exclusión no pueden acogerse por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, porque la propia Dirección General considera que no es procedente acceder a la solicitud de suspensión del acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de Valoración del concurso por cuanto que es reiterada jurisprudencia la que establece que en los supuestos en que se alega causa de nulidad, se exige un nivel de ostentación y evidencia suficiente para desvirtuar la presunción de validez de los actos administrativos, circunstancia que en modo alguno concurre en este supuesto, habida cuenta del dato objetivo o razón que motivaba la exclusión cual es la no constitución de la garantía provisional exigida por el apartado 5 de la Base 6ª del Pliego.

En efecto, dicha causa no evidencia una actuación por la Mesa en relación al criterio de exclusión que suponga el ejercicio de facultades que puedan ser atribuidas a la discrecionalidad técnica o que entrañe una interpretación de criterios legales contenidos en las bases reguladoras del concurso, sino que, al contrario, consisten en la constatación de un hecho objetivo que además fue manifestado por la entidad.

En segundo lugar, porque habría que comparar el perjuicio que se le causaría a la entidad frente al perjuicio o perturbación grave de los intereses generales o de terceros que se producirían de ser

acordada la medida, resultando que en el presente supuesto ha de señalarse que el concurso es en régimen de concurrencia competitiva entre numerosos solicitantes, siendo las bases del mismo las que establecen las reglas o requisitos que han de cumplirse por todos ellos en la primera fase de presentación de ofertas, las cuales han de ser admitidas o excluidas antes de pasar a la siguiente fase para finalmente poder aspirar a las licencias, siendo cierto que los restantes participantes que han superado esta fase verían perturbadas sus legítimas aspiraciones no sólo a la regular marcha del concurso hasta su resolución, sino también el perjuicio que podría ocasionarles en el procedimiento competitivo en el que precisamente continúan participando por haber cumplido los requisitos exigidos, viendo mermadas sus posibilidades de ser finalmente adjudicatarios en las demarcaciones ofertadas.

Así, debiendo tenerse en consideración todos los datos relevantes en la ponderación de intereses a salvaguardar respecto del pronunciamiento sobre la medida cautelar solicitada, también ha de señalarse que frente a lo alegado por la entidad, no se compromete en este caso la finalidad legítima del recurso, ni tampoco se da el "periculum in mora" que justifique la suspensión de la resolución, ya que los perjuicios que se derivan de la efectividad de la misma, en tanto se resuelve definitivamente la cuestión de fondo, no son como refiere la parte de tan difícil reparación. Además, la motivación de la decisión de la exclusión, unida a la vía de recurso administrativo, garantizan adecuadamente la posibilidad de defensa de la interesada.

Por otra parte, no puede perderse de vista que junto al interés que se pretende hacer valer y que pugnaría en favor de la efectiva suspensión de la resolución objeto de recurso, existe el interés no sólo en favor de la no suspensión de la resolución recurrida, sino además, en favor de la rápida resolución final del concurso en cuestión. En esta comparación de intereses, privados ambos e igualmente necesitados y merecedores de protección, es la presunción de legalidad del acto administrativo el elemento que se erige por tanto en decisivo en favor de la no suspensión, máxime cuando el interés público demanda idéntica solución.

En este sentido se expresa la Sentencia de 25 de enero de 2003 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de apelación nº 110/2002.

En suma, de conformidad con las consideraciones precedentes, de acuerdo con el criterio de la Dirección General de Comunicación Social, se debe desestimar la solicitud de suspensión del Acuerdo de la Mesa de valoración de la exclusión de la entidad TELEVISIÓN CAMPO DE GIBRALTAR, S.A. del concurso público para la adjudicación, en régimen de concurrencia, de licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo privado de carácter comercial de ámbito local en Andalucía, convocado por Acuerdo del Consejo del Gobierno de 2 de agosto de 2016, y que debe regir la regla general de la inmediata ejecutividad de los actos administrativos, procediendo la no suspensión de la ejecución del acto recurrido.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, a propuesta del Vicepresidente de la Junta de Andalucía y Consejero de la Presidencia y Administración Local, y previa deliberación del Consejo de Gobierno, en su reunión del día 4 de abril de 2017, toma el siguiente

ACUERDO

DESESTIMAR la solicitud de suspensión de la ejecución del acuerdo impugnado.

Contra el presente Acuerdo, que decide sobre el trámite de la suspensión, no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que la oposición pueda alegarse contra la resolución que ponga fin al procedimiento.

Sevilla, a 4 de abril de 2017

Susana Díaz Pacheco
PRESIDENTA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Manuel Jiménez Barrios
VICEPRESIDENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA
Y CONSEJERO DE LA PRESIDENCIA Y ADMINISTRACIÓN LOCAL