ADMINISTRACION DE JUSTICIA

N40010

N.I.G: 10037 33 3 2006 0100623
Procedimiento: EJECUCION DEFINITIVA 0000092 /2006 PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001753 /1998
Sobre:
De D./ña. CACERES,BADAJOZ, MERIDA SOCIEDAD LIMITADA (CBM)
LETRADO
PROCURADOR D./Dª.
Contra D./Dª. JUNTA DE EXTREMADURA
LETRADO
PROCURADOR D./Dª. LETRADO DE LA JUNTA DE EXTREMADURA

A U T O

Ilmos. Sres.:
PRESIDENTE

DON WENCESLAO OLEA GODOY

MAGISTRADOS

DOÑA ELENA MÉNDEZ CANSECO
DON MERCENARIO VILLALBA LAVA
DON RAIMUNDO PRADO BERNABEU
DON DANIEL RUIZ BALLESTEROS
DON JOSÉ MARÍA SEGURA GRAU

En Cáceres, a siete de octubre de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El proceso contencioso-administrativo número 1753/1998 concluyó por sentencia de esta Sala de Justicia de fecha 30-12-2002. El Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de este T.S.J. de Extremadura por sentencia de fecha 14-3-2006, sección cuarta, recurso de casación número 1297/2003.

Una vez recibidas las actuaciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, se inició la fase de ejecución de sentencia a instancia de la parte actora “Cáceres, Badajoz y Mérida, S.L.”.

Durante la fase de ejecución se instó a la Junta de Extremadura para que procediera al cumplimiento en sus propios términos de la sentencia del Tribunal Supremo y remitiera a la Sala las actuaciones administrativas practicadas en fase de ejecución.

Recibida la amplia documentación remitida por la Junta de Extremadura se dio traslado a las partes a fin de que manifestaran si consideraban que las sentencias se habían ejecutado en sus propios términos.

Se encuentran pendientes de resolver dos peticiones formuladas por las entidades “Cáceres, Badajoz y Mérida, S.L.” e “Ícaro Consultores en Comunicación, S.L.”.

La sociedad “Cáceres, Badajoz y Mérida, S.L.” formula incidente de ejecución al considerar que las sentencias del

Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y del Tribunal Supremo no han sido ejecutadas en sus propios términos.

La entidad mercantil "Ícaro Consultores en Comunicación, S.L." solicita la adjudicación de la concesión de Jaraíz de la Vera, petición que deriva de lo solicitado en el proceso contencioso-administrativo número 1722/2008, iniciado a instancia de esta sociedad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora CBM presenta escrito en el que interesa la ejecución de las sentencias que pusieron fin al presente juicio contencioso-administrativo. En el escrito relaciona las normas que regulan la adjudicación del concurso, alegando que no han sido aplicadas correctamente por la Administración pues ha introducido criterios de puntuación que no estaban anteriormente contemplados, que se han alterado las puntuaciones de las empresas con la única intención de llegar al mismo resultado que en el año 1998 y que se ha desconocido la valoración y aplicación que de las normas hizo la sentencia del T.S.J. de Extremadura de fecha 30-12-2002, recurso contencioso-administrativo número 1753/1998. La parte ejecutante expone que la adjudicación de las emisoras efectuada en el año 2008 en ejecución de sentencia ha correspondido a las mimas empresas que fueron adjudicatarias en el año 1998, a excepción de la emisora de Llerena que es adjudicada a CBM debido a que anteriormente había sido adjudicada a don Carlos Tomeo que fue excluido de la posibilidad de participar en el concurso; éste es el único cambio que se ha producido en la adjudicación de las emisoras, señalando la parte que la Administración ha sumado y restado puntuaciones pero el resultado final es que la adjudicación queda tal y como fue acordada en el año 1998, lo que constituye una simulación en el cumplimiento de las sentencias dictadas.

La Junta de Extremadura y las demás partes personadas exponen que la ejecución de la sentencia se ha hecho en sus propios términos y que se han seguido los criterios de las sentencias aunque no la puntuación que a la sociedad CBM había sido concedida en la sentencia del T.S.J. de Extremadura pues se ha valorado nuevamente a todas las empresas, lo que conlleva que se hayan producido cambios en la puntuación.

La única excepción a esta petición de declarar ejecutada la sentencia es la planteada por "Ícaro Consultores en Comunicación, S.L." que interesa la adjudicación de la emisora de Jaraíz de la Vera que inicialmente en la decisión administrativa de 29-1-2008 había sido adjudicada a Ícaro, y que, después de corregir un error material en el cómputo de los puntos, la Junta de Extremadura adjudica a don Luis del Olmo Marote, es decir, al mismo adjudicatario que en el año 1998.

SEGUNDO.- Entramos a resolver, en primer lugar, las cuestiones planteadas por la parte actora CBM. Dividimos dichas cuestiones en dos apartados. El primer apartado sobre los criterios de valoración que no estaban contemplados inicialmente se enjuicia en el presente fundamento de derecho. El segundo apartado sobre modificación de puntuaciones se desarrolla en el siguiente fundamento de derecho.

Criterios de valoración que no estaban contemplados inicialmente.

Las Normas de evaluación a aplicar sobre los criterios de valoración establecidos en el pliego fueron acordadas el día 9-1-1998. Estos criterios fueron admitidos en su día tanto por esta Sala de Justicia como por la Sala Tercera del Tribunal Supremo pues concretaban las bases del concurso. Las mismas fueron estudiadas en la sentencia de instancia, comprobando que en algunos casos no habían sido objeto de igual aplicación a todos los participantes en el concurso. El problema es que la Administración en fase de ejecución no aplica en su totalidad las Normas de 9-1-1998 y la valoración de las mismas efectuada por las dos sentencias sino que introduce novedades en el denominado Informe de valoración de 11-12-2007 utilizado para adjudicar las emisoras en la Resolución de la Secretaría General de la Presidencia de la Junta de Extremadura de fecha 29 de enero de 2008. Ello sucede con cuatro normas de evaluación.

Norma 4. Viabilidad económica de la empresa. En el año 1998 la Comisión tenía que hacer una valoración del estudio presupuestario, financiación, cuantía de la inversión, medios económico-financieros, solvencia económica de la empresa, a fin de comprobar que la empresa cuenta con los medios económicos que le permita asegurar un buen servicio y no se pongan en peligro los puestos de trabajo. Esta norma 4 es totalmente modificada en el Informe de valoración de 2007 donde ahora se valora la viabilidad económica en atención a si la empresa genera beneficios o no con base exclusivamente en dos criterios: no presentación o presentación errónea de cuenta de ingresos y gastos 0 puntos y presentación de cuenta de ingresos y gastos donde los ingresos son mayores que los gastos 5 puntos.

Norma 8. Creación de empleo neto y estable. La norma 8 sobre creación de empleo neto y estable en el año 1998 contenía dos subapartados: a) declaración clara de creación de puestos de trabajo y b) existencia de una plantilla de al menos 3 personas. La norma 8 del año 2008 introduce variaciones al indicar: no existencia de declaración expresa de creación de puestos de trabajo 0 puntos e introduce una escala en atención al número de trabajadores a fin de otorgar de 1 a 5 puntos. Es cierto que en el año 1998 la norma era más abierta y no establecía como aplicar la puntuación de 0 a 5 puntos pero los criterios ahora utilizados suponen claramente una modificación y alteración de lo entonces acordado. La redacción inicial de la norma de evaluación del año 1998 hizo que a la actora le fueron concedidos por este apartado 5 puntos mientras que la escala y modificación introducida hacen que se le concedan 3 puntos.

Norma 14. La norma 14 versa sobre la innovación tecnológica y permitía a la Administración una valoración de todos los elementos técnicos que permitiesen apreciar la existencia de innovaciones tecnológicas en el desarrollo de la emisión. Ahora se ofrece una escala que no estaba anteriormente contemplada. Nuevamente, se trata de elementos que no pueden ser admitidos, e incluso, como señala la parte actora, es rechazable que se afirme que en el año 1998 la disposición de lector de compact disc –se otorga un punto por tener este aparato- en una emisora de radio sea considerada

una innovación tecnológica. A pesar del transcurso del tiempo y la constante aparición de novedades en estos sectores, si echamos la vista atrás resulta notorio que los lectores de compact disc en equipos de música no profesionales y ordenadores personales tuvieron su introducción en los hogares españoles con mucha anterioridad al año 1998, por lo que no puede admitirse que en el año 1998 el tener un lector de compact disc en una emisora de radio, actividad que se desarrolla con carácter empresarial, pudiera ser considerado una innovación tecnológica y que la misma se valore con 1 punto. La escala utilizada en el año 2008 no estaba contemplada en el año 1998, por lo que la misma no puede admitirse, y se trata de una escala de tres criterios donde uno de ellos no se corresponde notoriamente con el estado y la tecnología existente en el año 1998.

La introducción de cambios en el otorgamiento de la puntuación para las normas 4, 8 y 14 no pueden ser admitidas pues constituye una alteración de las bases del concurso y es contrario a lo resuelto en las sentencias dictadas. Estos elementos son suficientes para anular la adjudicación efectuada en la Resolución de 29-1-2008, pues, claramente, introducen parámetros de evaluación distintos a los que la Administración estaba obligada a emplear: bases del concurso, normas de evaluación de 9-1-1998 y criterios contenidos en la sentencia del T.S.J. de Extremadura de 30-12-2002, como ordena la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Modificación de las puntuaciones.

Al haberse anulado la primera adjudicación, la Administración está en condiciones de proceder a efectuar una nueva valoración de todas las ofertas presentadas, por lo que es posible que las puntuaciones no sean idénticas a las inicialmente otorgadas. Ahora bien, dicho esto, también tenemos que señalar que la Administración ha introducido numerosos cambios en las puntuaciones otorgadas a las empresas participantes en el concurso, resultando que finalmente, a excepción de la emisora otorgada a don Carlos Tomeo que es excluido del concurso, no se produce variación alguna entre la adjudicación efectuada en el año 1998 y la realizada en el año 2008. Si la Administración ha valorado todas las ofertas debería haber motivado ampliamente las circunstancias que han producido la alteración significativa de algunas de las puntuaciones. No ha sido así. Sin embargo, nos encontramos que existen puntuaciones claramente distintas a lo valorado en la anterior adjudicación y sentencias, sin que exista motivo para ello salvo el mantener la misma adjudicación que la efectuada en su día.

Norma 2. La norma 2 versa sobre el horario de emisión y porcentaje de programas de elaboración propia y de programas informativos, culturas o educativos. La norma 2 contiene distintos apartados referidos al horario de emisión, porcentaje de programas de elaboración propia y programación informativa, cultura y educativa. La actora en el año 1998 recibe 2,5 puntos por la elaboración propia del 100% de su programación y 1,5 puntos por el 30% de programas informativos, culturales y educativos, lo que hace un total de 4 puntos. En la sentencia de 30-12-2002 se valoró por esta Sala de Justicia que no podía discutirse que determinados espacios dedicados a conocer la región de Extremadura, información deportiva, música clásica, recuperación de la

música y el folklore popular extremeño, línea abierta donde se escuchan las quejas y denuncias de los oyentes y programas dedicados al análisis de personajes relevantes de la Comunidad Autónoma de Extremadura, reunían los requisitos fijados en el pliego para ser considerados espacios culturales, informativos y divulgativos. Concluíamos entonces que "Toda esta programación alcanza un porcentaje del 42% (630 minutos, diez horas y media de emisión), lo que arroja una valoración de 2,1 puntos, en total por este apartado 4,6 puntos, en lugar de los cuatro puntos asignados por la Comisión". Ahora la programación informativa, educativa y cultural no es ni el 30% ni el 42% sino que se fija en el 25% y se le otorgan 1,25 puntos por este subapartado. No existe motivación suficiente y detallada sobre los concretos programas valorados y la duración de los mismos que conduzca a modificar la puntuación.

Norma 3. La sentencia de fecha 30-12-2002, fundamento de derecho séptimo, dedicado a la norma 3, decía sobre esta norma "Segundo, con fórmula distinta pero idéntico resultado de falta de compromiso claro y sin lugar a dudas sucede con las proposiciones de Ícaro, S.L. puesto que su compromiso no muestra una clara determinación de no ceder la empresa, al expresar una fórmula que limita la cesión a los grandes grupos de comunicación identificados claramente con componentes políticos por encima de los profesionales, términos que permiten la cesión a empresas que no sean grandes grupos de comunicación o empresas que aún siendo grandes grupos de comunicación, los actuales titulares de la empresa adjudicataria, consideren que representan intereses profesionales por encima de los políticos en el sector de la radiodifusión sonora (folio 1561 tomo K, folio 1658 tomo L), es decir, su compromiso no es tal al admitir dudas en su interpretación y nivel de obligación, lo que conduce a reducir la puntuación otorgada". Se restaban tres puntos en atención a la documentación presentada por Ícaro, citándose los folios del expediente administrativo que habían sido examinados por la Sala. A diferencia de lo examinado y valorado en el año 1998, se valora en la segunda adjudicación por la Junta de Extremadura un documento de no cesión de las emisoras por parte de Ícaro que se nos dice que obraba en el expediente correspondiente a la emisora de Valencia de Alcántara. Este documento no puede ser admitido al resultar contrario al contenido de los documentos de cesión condicionada que valoró este Tribunal de Justicia. La valoración de este documento por primera vez resulta, incluso, contrario a la valoración que la propia Administración hizo en su día donde a Ícaro se le otorgó por este apartado 3 puntos y ahora 5 puntos. La contundencia de este documento hubiera obligado a la Administración a conceder desde el inicio la misma puntuación, no comprendiéndose que en el año 1998 mereciera 3 puntos y en el año 2008 5 puntos. En todo caso, el contenido de este documento no desvirtúa los otros documentos condicionados valorados en su día y que también debieron ser los valorados por la Administración que, como decimos, no concedió la máxima puntuación por este apartado.

Norma 4. En esta norma 4 se valora la viabilidad económica de la emisora, que persigue asegurar la buena marcha económica-financiera de la emisora, por lo que habrá que tener en cuenta aquellos elementos que nos permitan deducir la viabilidad de la emisora desde este punto de vista, atendiendo al estudio presupuestario, financiación, cuantía de la

inversión, medios económico-financieros con que se cuenta, solvencia económica del solicitante. Decíamos en la sentencia de 30-12-2002 que se trababa de "un criterio técnico que tiene en cuenta numerosos y variados parámetros, los cuales fueron apreciados por la Comisión de Valoración dentro de su margen de apreciación, existiendo distintas calificaciones para los adjudicatarios provisionales en atención a la documentación aportada que es variada y numerosa, desde informes bancarios, declaraciones sobre fondos propios y ajenos o presupuestos de inversión, y tratándose de un criterio fundamentalmente técnico y donde la Comisión no precisa forma de otorgar la puntuación de cero a cinco puntos, aunque si razona en cada caso la calificación otorgada, procede estar a lo por ella decidida". Así pues, la puntuación de esta norma no sufría modificación alguna. Ahora resulta, como hemos visto en el anterior fundamento, que se introducen criterios de valoración distintos a los del año 1998. Ello se traslada en el caso de CBM en que si en el año 1998 le habían sido concedidos 2-3 puntos, según la emisora, en este apartado. Ahora se le otorga 0 puntos en atención a los nuevos criterios. No puede comprenderse que la emisora fuera viable en el año 1998 y que ahora, valorando la propuesta hecha en su día, no lo sea, y le correspondan 0 puntos.

Norma 5. La norma 5 se refiere al ofrecimiento de garantías en la calidad del servicio, estableciendo cinco parámetros a valorar: experiencia profesional del solicitante, recursos humanos con que dispone, recurso técnicos con que se cuenta, programación y viabilidad económica; a cada uno de estos parámetros se le otorgaba un punto, hasta completar la puntuación máxima de cinco puntos si se reúnen todos ellos. A la parte actora en el año 1998, la Administración le otorgó 4 puntos. En nuestra sentencia de 30-12-2002, valorando y comparando la situación en este apartado, se otorgó a la actora 5 puntos al considerar que tenía experiencia profesional, nos remitimos a lo entonces dicho. En el año 2008, la Administración rebaja la puntuación de la actora a 3 puntos. No se le da 1 punto por la experiencia profesional de la solicitante que no le fue dado en 1998 pero que era procedente con base a lo razonado en la sentencia, sin que exista motivo alguno para no concederle este punto. Junto a ello, se le resta ahora 1 punto por no tener viabilidad económica, cuando anteriormente se le había dado, no comprendiéndose el motivo de que en el año 1998 tuviera viabilidad económica y en el año 2008 cuando se valora nuevamente a la empresa no tenga esa viabilidad económica. Se realiza todo ello sin suficiente motivación y en contravención de lo resuelto en la sentencia de instancia.

Norma 11. En el año 1998, la Administración otorgó 2 puntos por los informativos regionales, locales y comarcales donde se ubique la emisora. La sentencia de 30-12-2002 razonaba que si acudíamos a la programación diseñada por la demandante teníamos que incluir: Extremadura en la mañana (informativo regional), nuestra tierra (informativo local y comarcal), nuestro tiempo (previsión meteorológica local para el día), revista de prensa (resumen de la prensa regional del día, que traslada la información de los medios de comunicación escritos al servicio de radiodifusión), resumen informativo de la mañana (resumen de las noticias locales), crónica del día (informativo local, comarcal y regional), resumen informativo de la tarde (resumen de las noticias locales y regionales),

que suponía una programación de 2 horas 30 minutos, esto es, 2,5 puntos. Ahora se dice que "Los programas informativos regionales, locales y comarcales suman un total de 1 hora y 15 minutos" y corresponden 1,25 puntos. No se razona el motivo de apartarse de la valoración y cómputo efectuado en su día por la Sala.

La puntuación de las normas 2, 3, 4, 5 y 11 son contrarias a las bases del concurso y los criterios fijados en la sentencia de instancia. Ello no sólo debido a que se haya modificado la puntuación sino en atención a que no se ha tenido en cuenta la forma en que las normas de evaluación tenían que ser aplicadas, conforme a la fundamentación de las sentencias.

CUARTO.- La sentencia del Tribunal Supremo de 14-3-2006, sección cuarta, recurso de casación número 1297/2003, que resolvió el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de esta Sala de Justicia manifestaba al final del fundamento jurídico quinto que lo procedente "es reponer las actuaciones a fin de que el Órgano Competente de la Administración Autonómica resuelva el concurso, de acuerdo con las potestades que al efecto tiene y valorando los criterios expuestos por la sentencia recurrida, ello es lo que acuerda esta Sala, en base también a las propias peticiones de las partes" y fallaba lo siguiente: "Que estimando los motivos de casación, mas atrás expuestos y en los términos en que lo han sido, debemos casar y anular la sentencia de 30 de diciembre de 2002, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, recaída en el recurso contencioso administrativo 1753/1998, y estimando en parte recurso contencioso administrativo interpuesto por la entidad Compañía Mercantil "C.B.M., S.L.", contra la resolución de 12 de marzo de 1998 de la Consejería de Obras Publicas y Transportes de la Junta de Extremadura, declaramos la nulidad de la resolución impugnada, ordenando la vuelta atrás de las actuaciones a fin de que el órgano competente de la Administración resuelva sobre el concurso del servicio publico de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación en frecuencia en Extremadura, a partir de las facultades y potestades que el ordenamiento le confiere, y de acuerdo con los criterios y bases del concurso, también con las normas de evaluación que el órgano competente aprobó y con los criterios contenidos en la sentencia recurrida de 30 de diciembre de 2002, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura".

El artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece lo siguiente: "1. La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia. 2. Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignen. 4. Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias, que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento".

En aplicación del fallo de la sentencia del Tribunal Supremo y el artículo citado de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se aprecia la

existencia de numerosas irregularidades en la aplicación de los criterios de baremación a las empresas que participaron en el concurso de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación en frecuencia en Extremadura, contraviniendo lo acordado en las resoluciones judiciales, lo que nos conduce a anular la adjudicación efectuada por la Administración demandada. Nuevamente, como afirma el Tribunal Supremo, tendrá que ser la Administración la que proceda a valorar de forma igualitaria todas las ofertas presentadas a fin de cumplir escrupulosamente los criterios de valoración, motivando debidamente la puntuación que se conceda a cada emisora.

QUINTO.- La sociedad "Ícaro Consultores en Comunicación, S.L." traslada a esta fase de ejecución la problemática suscitada en el recurso contencioso-administrativo número 1722/2008. La Junta de Extremadura en la Resolución de fecha 29-1-2008 adjudicó la emisora de Jaraíz de la Vera a la entidad Ícaro, alegando posteriormente que la emisora era adjudicada a don Luis del Olmo Marote debido a que en la inicial decisión se había cometido un error aritmético al sumar los puntos que correspondían a este adjudicatario. El recurso contencioso-administrativo número 1722/2008 concluyó por Auto de fecha 18-3-2010, que acordaba la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo al existir litispendencia pues la controversia planteada por Ícaro tenía que ser resuelta en fase de ejecución donde se estaba discutiendo la adjudicación no sólo de la emisora de Jaraíz de la Vera, cuya adjudicación interesaba Ícaro, sino de todas las demás. El Auto fue confirmado por Auto de 27-5-2010. La anulación de la adjudicación efectuada por la Junta de Extremadura conlleva que la cuestión esté imprejuzgada y no proceda entrar a examinar la adjudicación y demás pretensiones que Ícaro interesa pues nuevamente tendrá que ser la Administración la que proceda a valorar las ofertas y resolver el concurso.

SEXTO.- No se aprecian temeridad o mala fe a los efectos de una concreta imposición de costas a ninguna de las partes de conformidad con lo prevenido en el artículo 139,1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En atención a lo expuesto, vistos los artículos citados y demás preceptos de pertinente y general aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: 1) DECLARAR LA NULIDAD de la Resolución de la Secretaría General de la Presidencia de la Junta de Extremadura, de fecha 29 de enero de 2008, por la que se adjudicaba provisionalmente el concurso público de concesión del servicio público de radiodifusión sonora en ondas métricas con modulación de frecuencia, de carácter comercial, en nueve localidades de la Comunidad Autónoma de Extremadura, así como todas las demás resoluciones y actos administrativos posteriores que derivan de la misma.

2) ORDENAR que por el órgano competente de la Junta de Extremadura se valoren todas las ofertas presentadas en cumplimiento exacto de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y del Tribunal Supremo de fechas 30-12-2002 y 14-3-2006, respectivamente.

3) Sin hacer expresa imposición respecto a las costas procesales causadas.

Contra este Auto cabe recurso de reposición en el plazo de cinco días. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J., según la reforma efectuada por L.O. 1/2009, de 3 de Noviembre, si se interpone recurso de reposición deberá consignarse el depósito de 25 euros. Si no se consigna dicho depósito el recurso no se admitirá a trámite.
Lo acuerdan y firman los Ilustrísimos Señores Magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura