



Sección: 7

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO Nº 1
C/ Aurea Díaz Flores, nº 5 Edificio Barlovento
Santa Cruz de Tenerife
Teléfono: 922 22 49 08/22 60 25
Fax.: 922 22 59 95
Email.: conten1.sctf@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: 0000073/2018
No principal: Pieza de medidas cautelares - 01
NIG: 3803845320180000278
Materia: Contratos Administrativos
Resolución: Auto 000051/2018
IUP: TC2018002047

<u>Intervención:</u> Demandante	<u>Interviniente:</u> VIDEOREPORT CANARIAS S.A	<u>Abogado:</u> Julio Antonio Pino Garcia	<u>Procurador:</u> Raquel Inmaculada Guerra Lopez
Demandado	TELEVISION PUBLICA DE CANARIAS S.A	Carlos Jesus Cabrera Padron	Sonia Gonzalez Gonzalez
Codemandado	LOGONDI COMUNICACION S.L	Jaime Rodriguez Diez	Hara Rojas Jimenez

AUTO

En la Ciudad de Santa Cruz de Tenerife , en la fecha de su firma electrónica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo referido en el encabezamiento de esta resolución, por la parte actora se solicita que la adopción de la medida cautelar consistente en la “suspensión del anuncio y los pliegos y del propio procedimiento de licitación convocado por RVPC”

SEGUNDO.- Formada pieza separada para su tramitación, se acordó oír por término de diez días a la Administración demandada a fin de que alegase lo que estimara conveniente acerca de la medida cautelar solicitada de contrario, presentándose escrito, que queda unido a las actuaciones. Por Diligencia de Ordenación del pasado 21 de marzo de declaró la preclusión del trámite de alegaciones del codemandado y quedaron las actuaciones sobre la mesa para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Sin olvidar el principio de eficacia de la actividad administrativa (art. 103.1 CE) y el de presunción de validez de la actuación administrativa (art. 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de del Procedimiento Administrativo Común), la Ley 29/1998 de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa (LJCA) supone la plasmación legal de una consolidada doctrina jurisprudencial y del Tribunal Constitucional de la que entresacamos algunos de los aspectos más relevantes para luego examinar los motivos aducidos:

a) La justicia cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115-87, 7 de julio), ya que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso». Sucede, en consecuencia, que «la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser





adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue» (STC 148/93, 29 de abril). Por ello «la necesidad de atenerse a la singularidad de cada caso debatido por las circunstancias concurrentes en el mismo, lo que implica, desde luego un claro relativismo en desacuerdo con declaraciones dogmáticas y con criterios rígidos o uniformes» (Autos de del TS de 23 de enero de 1990, 8 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1994).

b) Es indiscutible que «la suspensión de la ejecutividad de los actos recurridos es una medida provisional establecida para garantizar la efectividad de la sentencia que en su día pueda recaer en el proceso principal» (STS I de 20 de febrero de 2004). No cabe, por tanto, prejuzgar el fondo del asunto por lo que son ajenas al incidente cautelar las cuestiones que corresponde resolver al proceso principal (STC 148/1993, 29 de abril, ATS 22 de octubre de 2002, STS 2 de julio de 2004).

c) El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión sin que sea suficiente una mera invocación genérica (Auto de 22 de octubre de 2002).

d) La posibilidad de que la nulidad de pleno derecho pueda operar para justificar la suspensión está condicionada a que «de una manera terminante, clara y ostensible se aprecie la concurrencia de una de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en nuestro ordenamiento» (sentencia de 30 de enero de 2001 con cita de múltiples autos y sentencias anteriores en la misma línea). De tal suerte que la virtualidad de tal doctrina es escasa al no ser el incidente de suspensión el trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

e) El principio de la apariencia de buen derecho ha de manejarse con mesura (Auto de 17 de enero de 2000, Sentencia 12 de noviembre de 2003). Insiste así la Sentencia de 12 de julio de 2004 al margen de que sólo puede ser un factor importante, como indicaban los Autos de 19 de mayo y 12 de noviembre de 1998 y la Sentencia de 10 de julio de 1998, para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión, siempre que concurra la existencia de daños y perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión.

f) No todo perjuicio económico derivado de la posibilidad de dejar sin efecto la ejecución del acto lleva consigo la necesidad de adoptar la medida cautelar por cuanto deben ponderarse los perjuicios que, desde el punto de vista de la eficacia administrativa, ocasionaría la dilación en llevar a efecto los acuerdos adoptados (Sentencia de 7 de octubre de 2003).

g) En cuanto a la ponderación de intereses se hace necesario una adecuada conjunción entre el interés público y el privado a la hora de resolver sobre la adopción de la medida cautelar (sentencia de 12 de julio de 2004 [JUR 2004, 242879]) resolviendo según el grado en que el interés público esté en juego (Auto de 15 de marzo de 2000). También para la prosperabilidad de la pretensión es preciso un imprescindible juicio de ponderación (Sentencias de 16 de marzo de 2004, 14 de abril de 2003, etc.) acerca del interés público a proteger.

h) Criterios que conducen a que se venga reiterando que la suspensión de la ejecución de una disposición de carácter general ya supone un grave perjuicio del interés público (Sentencia de 12 de julio de 2004 con cita de Autos anteriores). Sólo en caso de grave daño individual cabe su suspensión (Auto de 15 de julio 1993, Sentencia de 12 de julio de 2004)).





SEGUNDO.- SOBRE LA APRECIACIÓN DEL FUMUS IURIS O APARIENCIA DE BUEN DERECHO

Siguiendo una consolidada línea jurisprudencial ha de decirse que el *periculum in mora*, constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar, pero en modo alguno es el único, ya que debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración, artº 130 de la LJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

Ya de antiguo señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 218/1994 , que la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Y, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE .

No debe cuestionarse que las medidas cautelares son una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y que, por ello, la suspensión cautelar no tiene carácter excepcional, de suerte que sin desvirtuar la doctrina de los autos impugnados en la parte que se relaciona con el primero de los fundamentos de las medidas cautelares, el "periculum in mora", que se reputa correcta, ha de tenerse en cuenta, sin embargo, la evolución que ha supuesto, respecto de los criterios tradicionales, la toma en consideración del llamado "fumus bonis iuris" o apariencia del buen derecho como elemento integrador del artículo 130 LJCA .

El «fumus bonis iuris» o apariencia de buen derecho es considerado en el derecho común de la justicia cautelar como un requisito exigible para que pueda adoptarse una resolución de esta naturaleza, pues no parece que a quien, manifiestamente, asiste la razón a limine litis deba resultar perjudicado por el retraso en obtener una resolución de fondo. En principio constituye, pues, un requisito de carácter negativo para integrar las perspectivas mínimas indispensables de buen éxito que debe reunir la pretensión principal a la que accesoriamente está ligada la pretensión cautelar, pues mientras el ejercicio de la acción no está sujeta restricción alguna, por imperativo del art. 24 CE , el ejercicio de la pretensión cautelar, en cuanto supone en cierto modo la anticipación provisional de una resolución favorable a la pretensión de fondo, exige una justificación, prima facie o en apariencia, de su fundamento.

En el derecho público las prerrogativas exorbitantes de la Administración y la consiguiente necesidad de la justicia cautelar de constituir un contrapeso o límite a dichas prerrogativas, especialmente de la ejecutividad de la actuación administrativa, ha determinado, entre otras consecuencias, que el fumus bonis iuris o apariencia de buen derecho se desdibuje como requisito de carácter negativo (limitándose a casos extraordinarios) y se convierta en un criterio positivo, junto con otros, para determinar la procedencia de la medida cautelar.





La doctrina del «fumus bonis iuris» o «apariencia del buen derecho» supone una gran innovación respecto a los criterios que tradicionalmente venían siendo considerados a la hora de acordar o denegar la suspensión. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día se declare en la sentencia definitiva, entre otros factores, las posiciones de las partes y los fundamentos jurídicos de su pretensión a los meros fines de la tutela cautelar.

EL Tribunal Supremo ha admitido este criterio en algunas resoluciones a veces con gran amplitud (ATS 20 diciembre de 1990 , 17 ene. 1991 , 23 abril 1991 , 16 julio 1991 , 19 diciembre 1991 , 11 marzo 1992 , 14 mayo 1992 , 22 marzo 1996 y 7 junio 1996), si bien en el actual estado de la jurisprudencia prevalece una doctrina que acentúa sus límites y aconseja prudencia y restricción en su aplicación.

La LJCA, en efecto, suprime todo apoyo normativo al criterio de fumus bonis iuris , cuya aplicación queda confiada a esta jurisprudencia. Se elimina, en efecto, del Proyecto LJCA el precepto que disponía que «la adopción de las medidas cautelares podrá acordarse cuando existan dudas razonables sobre la legalidad de la actividad administrativa a que se refieran» (art. 124.2 Proyecto LJCA). En su lugar, la LJCA dispone que «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» (art. 130.1 LJCA). El sentido restrictivo de esta omisión respecto al criterio de fumus bonis iuris resulta subrayado por la palabra «únicamente» y confirmado por el art. 132.2 LJCA (también introducido en el trámite parlamentario), en el cual se dispone que «no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate; y, tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o Tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar». Esto equivale a decir que si durante el transcurso del proceso se produce o incrementa la apariencia de buen derecho del demandante el tribunal no podrá fundar en esta modificación la adopción de una medida cautelar antes denegada.

Pues bien, en la actualidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 14 de diciembre de 2015; ECLI:ES:TS:2015:5081) admite el criterio de apariencia de buen derecho, entre otros, **en supuestos de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta**; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una anterior instancia aunque no sea firme; de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz o, de modo muy excepcional, de prosperabilidad ostensible de la demanda.

En efecto, nuestra jurisprudencia advierte frente a los riesgos de perjuicio (Dogma vom Vorwegnahmeverbot en la doctrina alemana), declarando que «la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no al predicarse la nulidad





de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito».

En definitiva, no es la pieza de suspensión el lugar indicado para enjuiciar de manera definitiva la legalidad de la actuación administrativa impugnada. Ahora bien, la doctrina de que se trata permite valorar la existencia del derecho con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza, y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, a los meros fines de la tutela cautelar.

Y es que existen supuestos singulares en los que la apariencia de buen derecho, dentro de los límites en que cabe realizar en la pieza de medidas cautelares, se impone con tal intensidad que si con carácter general la pérdida de la finalidad legítima del recurso es el elemento central de la decisión cautelar, debe ponderarse el posible resultado del asunto principal y el desvalor que representa desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva la ejecución del acto administrativo impugnado.

Por otra parte, desde las sentencias *Factortame* y *Zuckerfabrik* , de 19 junio 1990 y 21 febrero 1991, respectivamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce la competencia del juez nacional para suspender cautelarmente la ejecución de las leyes del país que estuvieran en contra del Derecho Europeo y, más aún de los actos administrativos cuando existieran fundadas dudas sobre su validez, e incluso adoptar medidas cautelares positivas frente a su aplicación. De esta doctrina se deduce que en aquellos casos en que el acto impugnado pueda estar en contradicción con el derecho europeo el principio de primacía de dicho derecho sobre el interno permite al órgano jurisdiccional acordar una medida cautelar encaminada a suspender la aplicación del expresado acto o a garantizar la eficacia de la resolución que pueda dictarse.

Esta moderna doctrina del Tribunal Supremo ya se ha venido aplicando, entre otras, en la STSJ de Andalucía, Granada, Sección 3ª, de fecha 3 de noviembre de 2008, STSJ de Illes Balears número 261/2010, de 31 de marzo , entre otras muchas.

En el caso que ahora nos ocupa, resulta de forma evidente, clamorosa, que la voluntad del legislador autonómico ha sido atribuir la competencia para la aprobación de contratos, convenios, acuerdos o negocios jurídicos de carácter plurianual o superiores a un millón de euros en su cuantía al Consejo Rector del Ente Público Radio Televisión Canaria, mientras que la competencia respecto del resto se atribuye a la Presidencia. Basta la mera lectura en este sentido del artículo 15.4.k) de la Ley 13/2014, de 26 de diciembre, de Radio y Televisión Públicas de la Comunidad Autónoma de Canarias.

El Parlamento de Canarias ha querido, nada más y nada menos, que la atribución competencial en esta materia tenga rango normativo de Ley; por lo que el acto administrativo impugnado, que se refiere a un expediente de contratación de cuantía superior al millón de euros, incurre de manera clara y evidente en nulidad de pleno derecho ex artículo 47.1.b) y .e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, por haber sido dictado por órgano manifiestamente incompetente y con omisión del procedimiento legalmente





establecido para la adopción de acuerdos por el Consejo Rector en materias de su competencia.

Es cierto que la congelación o suspensión del procedimiento de licitación supone, en principio un perjuicio para la demandada. Pero no menos cierto es que: a) De una parte, la nulidad del procedimiento de licitación y, por extensión, de la adjudicación contractual causaría mayores perjuicios para el erario público y para los adjudicatarios del contrato audiovisual y b) De otra parte, está en manos de la demanda someter, nueva e inmediatamente, la iniciación del expediente de contratación al órgano competente (esto es, el Consejo Rector). De ello debe colegirse que, en la ponderación de los intereses en liza, debe prevalecer la de suspender un acto administrativo que, de forma evidente, esperpéntica y clamorosa, ha sido dictado por un órgano carente de competencias para ello.

Por último, no resulta baladí recordar que la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su sede de Las Palmas de Gran Canaria en el recurso interpuesto por la misma parte actora frente a la inadmisión del recurso especial en materia de contratación resolvió otorgar la medida cautelar solicitada (lo que conllevaba por ministerio de la Ley la inmediata suspensión de los actos sucesivos del procedimiento licitatorio hasta tanto no se resolviese expresamente el recurso interpuesto por el Tribunal de Contratos de la Comunidad Autónoma de Canarias); no constando en estos autos que dicha circunstancia se haya producido ni el resultado de la misma.

TERCERO.- COSTAS PROCESALES

En cuanto a las costas este juzgador ha venido siguiendo el criterio de la Sala del TSJ de Canarias (por todas Sentencia *TSJC -Las Palmas de Gran Canaria-, secc.1ª, número 230/2013, de 23 de diciembre*) en interpretación el *artículo 139 de la LJ*, de no imponer costas en las piezas de medidas cautelares, ni a la parte vencida, ni a la parte solicitante.

Diversas razones han motivado que dicha Sala acogiese el citado criterio principalmente por considerar que las especialidades de esta jurisdicción, la especial situación del administrado frente a la administración, los escasos trámites de las piezas de medidas, la celeridad del trámite inicial, y en definitiva, la propia importancia de las medidas durante la tramitación del procedimiento, determinase que las partes pudieran acceder a las mismas sin el temor de ser condenadas en costas caso de desestimación de las mismas.

Vistos los preceptos legales invocados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

DECIDO: SUSPENDER CAUTELARMENTE y hasta tanto se dicte Sentencia firme el acto impugnado. Sin costas.

Notifíquese, con indicación de que contra este Auto cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife.

Así lo dispone y firma el Magistrado de este Juzgado, don Francisco Úbeda Tarajano.

