

Nº y año del exped.

925_21-PAI

Referencia

DENOMINACIÓN:

Acuerdo de 22 de junio de 2021, del Consejo de Gobierno, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el Acuerdo de 27 de abril de 2021, 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 y ámbito local en Andalucía, así como se aprueba el pliego de bases que rige el mismo (BOJA núm. 37 de 27 de abril de 2021).

VISTO el recurso de reposición interpuesto por ██████████ en nombre y representación de la entidad RADIODIFUSIÓN DIGITAL, S.L. contra el Acuerdo de 27 de abril de 2021, 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 y ámbito local en Andalucía, así como se aprueba el pliego de bases que rige el mismo (BOJA núm. 37, de 27 de abril de 2021) y sobre la base de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Ley 1/2021, de 22 de enero, por la que se articula un período transitorio para garantizar la prestación del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local de Andalucía gestionado por particulares, en su disposición adicional primera otorga el plazo máximo de tres meses desde su entrada en vigor para que, por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, conforme a lo dispuesto en los artículos 14 y 60 de la Ley 10/2018, de 9 de octubre, Audiovisual de Andalucía, se convoque concurso público para la adjudicación en régimen de concurrencia de las licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo privado de carácter comercial y de ámbito local en Andalucía para la emisión de programación en abierto en aquellas demarcaciones territoriales andaluzas incluidas en la convocatoria del concurso del Consejo de Gobierno de 2 de agosto de 2016, anulada judicialmente, así como de aquellas licencias para prestar dicho servicio que estuvieran vacantes en el momento de la nueva convocatoria.

La finalidad última de la Ley 1/2021, de 22 de enero, como refleja su exposición de motivos, es paliar la difícil situación por la que atraviesan los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo privado de carácter comercial y ámbito local mediante televisión digital terrestre en Andalucía tras la anulación judicial de sus licencias, mediante la articulación de una habilitación provisional, de carácter transitorio, que garantice la continuidad en la prestación por parte de las

personas físicas y jurídicas que con carácter previo a la anulación judicial se encontrasen en posesión de las licencias adjudicadas en virtud del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de julio de 2020. Es por ello que urgía la aprobación de la convocatoria del concurso por el Consejo de Gobierno para la adjudicación de licencias del servicio de televisión privado de ámbito local y carácter comercial en Andalucía y la del pliego de bases que habría de regir la licitación, ejecutando una obligación establecida en la propia Ley.

SEGUNDO. - Con fecha 9 de marzo de 2021 se inicia por Acuerdo del Consejero de la Presidencia, Administración Pública e Interior la tramitación del expediente para la convocatoria por el Consejo de Gobierno del citado concurso público, con fundamento en el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 1/2021, de 22 de enero; la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, que establece en su artículo 22.3 que la explotación de servicios de comunicación audiovisual que se presten mediante ondas hertzianas terrestres requiere licencia previa otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente; y en la Ley 10/2018, de 9 de octubre, Audiovisual de Andalucía, que establece en su artículo 60.2 que la prestación de servicios de comunicación audiovisual mediante ondas hertzianas terrestres requerirá la licencia previa otorgada mediante concurso público por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía.

A lo largo de la tramitación del expediente se han emitido, conforme al procedimiento legalmente establecido, los preceptivos informes y memorias, además de las correspondientes consultas, estudios previos, así como los informes de valoración a las consideraciones efectuadas por los informantes.

TERCERO.- El 27 de abril de 2021 fue publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la misma fecha 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 y ámbito local en Andalucía, así como se aprueba el Pliego de Bases que rige el mismo.

En el punto Segundo del citado Acuerdo del Consejo de Gobierno se acuerda la aprobación del pliego de bases que ha de regir el concurso, incorporado a dicho Acuerdo como apéndice 3.

CUARTO.- Contra el referido Acuerdo del Consejo de Gobierno, así como contra el pliego de bases que rige el citado concurso, inserto como apéndice 3 del mismo, [REDACTED] en nombre y representación de la entidad RADIODIFUSIÓN DIGITAL, S.L. interpuso recurso de reposición mediante presentación electrónica general que tuvo entrada en el Registro General de la Junta de Andalucía el 26 de mayo de 2021. Las alegaciones realizadas, por constar en el expediente administrativo, se dan por reproducidas, sin perjuicio de ser sintetizadas en el Fundamento de Derecho Segundo.

En dicho recurso se solicitó, al amparo del art. 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la suspensión de la ejecución.

QUINTO.- Con fecha 1 de junio de 2021 se emitió informe por la Dirección General de Comunicación Social sobre el recurso, solicitado previamente por la Secretaría General Técnica, pronunciándose tanto sobre las alegaciones sobre el fondo de dicho recurso, como sobre la solicitud de suspensión de la ejecución, cuyas consideraciones se incorporan a los fundamentos del presente Acuerdo.

SEXTO.- Con fecha 8 de junio de 2021 se dictó Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se desestima la solicitud de suspensión del Acuerdo de 27 de abril de 2021, 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 y ámbito local en Andalucía, así como se aprueba el pliego de bases que rige el mismo; formulada en el recurso de reposición interpuesto, que fue notificado a la entidad recurrente.

SÉPTIMO.- Con fecha 15 de junio de 2021 se emitió el informe preceptivo por la Asesoría Jurídica de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior, a solicitud de la Secretaría General Técnica, conforme a lo dispuesto en el artículo 78, 2, b), del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y del Cuerpo de Letrados de la Junta de Andalucía, aprobado mediante el Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, cuyas consideraciones jurídicas se han incorporado como fundamentos al presente Acuerdo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es competente para resolver el recurso el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de conformidad con lo establecido en el artículo 123 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y el apartado Quinto del Acuerdo de 27 de abril de 2021 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 y ámbito local en Andalucía, así como se aprueba el pliego de bases que rige el mismo.

SEGUNDO.- La recurrente alega, en síntesis, lo siguiente:

- Nulidad de la Base 11.4.4, punto 4, de la tabla de la Base 12.2, del apartado 4 del proyecto audiovisual de la Base 12, del apartado 5 del ANEXO III, del punto 5 del ANEXO V, todas ellas relativos a la “experiencia” del equipo humano dedicado a la producción audiovisual. La entidad recurrente sostiene que la valoración de la experiencia, tal y como está recogida en el pliego, debe ser anulada por cuanto resulta contraria tanto al Derecho Comunitario como a la Ley 7/2010, de 31 de marzo, al favorecer a los licitadores que obtuvieron licencias de TDT Local en el anterior concurso convocado en 2016 y que actualmente continúan prestando el servicio al amparo de la Ley 1/2021, de 22 de enero, así como que dicha experiencia se constituye no sólo como criterio de valoración, sino también como criterio de acceso al concurso, al establecer las bases la exclusión de aquellos que no posean un mínimo de experiencia de 2 años y, finalmente, que la que se exige no es tan siquiera experiencia en la prestación de servicios audiovisuales sino en la producción de obras audiovisuales.

- Nulidad del apartado 1.2.6 de la Base 12, que valora la disponibilidad de contenidos en internet. Sostiene la entidad recurrente que el apartado 1.2.6 de la Base 12 vulnera el principio de neutralidad tecnológica puesto que se valora y otorga puntuación a aquellos proyectos audiovisuales que además de emitir sus contenidos por ondas hertzianas también difundan sus contenidos a través de internet, estableciéndose de ese modo dos tecnologías distintas que favorecen a aquellos prestadores que difundan su programación por internet frente a aquellos que se limiten a hacerlo mediante tecnología digital a través de ondas hertzianas terrestres.

- Nulidad del apartado 1.1.3 de la Base 12, que valora premios y reconocimientos del proyecto audiovisual en los últimos tres años. La entidad recurrente sostiene que este criterio de valoración del proyecto audiovisual favorece a aquellos licitadores que ya estén prestando servicios de comunicación audiovisual televisivos frente a aquellos que sean de nueva creación puesto que dichos premios o reconocimientos habrán recaído en proyectos audiovisuales ya ejecutados o que se estén ejecutando.

- Nulidad del punto 4 del Anexo V, y punto 6 del apéndice 2, en relativo a la acreditación de la solvencia económica y financiera. Considera la recurrente que el establecimiento de solvencias técnicas y económicas contradice el régimen jurídico dispuesto por la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

- Nulidad del apartado 1.2.2 de la Base 12, en lo relativo al compromiso de no emitir contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias. Entiende la recurrente que a través de este criterio la Administración trata de configurar la emisión de contenidos según lo que ella considera más adecuado, favoreciendo la emisión de programas informativos y penalizando los relativos a esoterismo, paraciencia o de juegos azar y apuestas, lo que sería nulo de pleno derecho por vulnerar el derecho a la libertad de creencias que establece el art. 16.1 de la Constitución y contravenir lo dispuesto en los artículos 10.1 y 2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo. En este sentido, alega que tras la modificación operada por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en la concepción del servicio de comunicación audiovisual no ya como servicio público sino como servicio de interés general, la Administración carece de facultades para incidir en la programación de los prestatarios del referido servicio de comunicación audiovisual. Refiere en sus alegaciones que en el supuesto que pudiera valorarse la programación, el criterio de sólo tener en cuenta unos pocos contenidos (esoterismo, paraciencia, juegos de azar y apuestas, televenta) sin referirse a otros muchos como pudieran ser los religiosos, supondría un trato discriminatorio con respecto a estos últimos.

- Que vistas las anteriores irregularidades sustanciales del pliego, que afectarían a bastantes criterios de valoración que representan un gran porcentaje de la puntuación total que podrían asignarse a los proyectos audiovisuales, esta parte considera que se afecta sustancialmente al procedimiento de licitación y se hace jurídicamente imposible la convocatoria de un concurso en tales condiciones, por lo que de estimarse la nulidad pretendida respecto de las bases del pliego que se citan en el presente recurso, debe también anularse el Acuerdo de 27/04/21 en su integridad, es decir, anular la convocatoria del concurso en su totalidad, hasta que se proceda a la elaboración de un nuevo pliego conforme a la normativa nacional y comunitaria, y posterior convocatoria de nuevo concurso.

TERCERO.- La suspensión de la ejecución de la actividad administrativa objeto del recurso fue desestimada mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 8 de junio de 2021, notificado a la entidad recurrente, según lo expuesto en el antecedente de hecho sexto de este Acuerdo.

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto, teniendo en consideración los informes emitidos por la Dirección General de Comunicación Social y por la Asesoría Jurídica de la Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior sobre el recurso, los motivos alegados para fundamentar la solicitud de anulación del Acuerdo impugnado y del pliego de bases que aprueba no pueden acogerse por las razones que a continuación se exponen.

En primer lugar, la recurrente invoca una pretendida nulidad radical del Acuerdo y pliego impugnados invocando el artículo 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, y como ya se argumentó en relación con la pretensión de suspensión, sin señalar ni justificar expresamente ninguna de las causas nulidad de pleno derecho de los actos de las Administraciones Públicas que dicho precepto establece. Y en relación con ello, debe señalarse que los actos que impugna: el citado Acuerdo de 27 de abril de 2021, del Consejo de Gobierno, y el pliego de bases del concurso; han sido elaborados en el seno del procedimiento legalmente establecido, ajustando sus cláusulas a las observaciones de los informes facultativos y preceptivos emitidos, así como a las sentencias que anularon las anteriores licitaciones, con el objetivo primordial de garantizar, en todo momento, que el contenido de las Bases fuera respetuoso con el marco jurídico de aplicación, dando cumplimiento a un

mandato del Parlamento de Andalucía contenido de forma expresa en una Ley que aprobó la Cámara por unanimidad y por el procedimiento de urgencia de lectura única, siendo dictados por órgano manifiestamente competente, el Consejo de Gobierno, conforme establecen los artículos 14 y 60 de la Ley 10/2018, de 9 de octubre y en la Disposición adicional primera de la Ley 1/2021, de 22 de enero.

Respecto de una eventual causa de nulidad de pleno derecho relativa a vulneración de disposiciones administrativas de rango superior, es importante resaltar, tal y como fue subrayado en el Acuerdo desestimatorio de la pretensión de suspensión, cuál ha sido el marco jurídico de aplicación a las bases que establecen las condiciones que han de regir el concurso, conformado por nuevas disposiciones, en comparación con las que constituían el marco de la convocatoria de 2016, fundamentalmente la Ley 10/2018, de 9 de octubre, norma que en ningún momento es referida en el recurso, con un desprecio absoluto, de nuevo, al Parlamento de Andalucía y al Estatuto de Autonomía de nuestra Comunidad Autónoma, al ser principios inspiradores de dicha Ley Audiovisual de Andalucía, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos, la libertad de comunicación audiovisual, el pluralismo y la inclusión de la perspectiva de género en la comunicación audiovisual, la objetividad, imparcialidad y veracidad informativas, la libre elección, la protección de los derechos fundamentales y de la infancia, la juventud y de las personas con discapacidad, así como la garantía de accesibilidad universal a los servicios de comunicación audiovisual, el respeto a la propiedad intelectual, la alfabetización mediática de la ciudadanía y la transparencia en relación con la actividad audiovisual.

Además de dichas disposiciones, conforme a lo establecido en el artículo 60 de la Ley 10/2018, de 9 de octubre, no se puede olvidar que el régimen jurídico del concurso se encuentra regido por sus bases reguladoras, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, que establece el régimen jurídico de las licencias, los requisitos y limitaciones para ser titular de las mismas, la propia ley audiovisual andaluza, y, supletoriamente, la legislación patrimonial del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Por tanto, queda de manifiesto el respeto al marco jurídico aplicable al concurso.

Asimismo, en las bases se contemplan los principios comunitarios de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación, así como el de neutralidad tecnológica, conforme a lo dispuesto en la *Directiva (UE) 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual)*, habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, la *Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas*; y la *Directiva 2002/77 de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia de los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*, las cuales han presidido la elección de los criterios y la puntuación de las Bases del presente concurso.

Si bien es cierto que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, transformó la regulación de la comunicación audiovisual, pasando de un régimen de concesiones administrativas a otro de licencias, transponiendo la *Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*, no es menos cierto que el régimen de licencias establecido por dicha Ley dista bastante de otros regímenes sujetos a licencia, que no se otorgan mediante un procedimiento de concurrencia competitiva como es un concurso público, conforme establece tanto el art. 22.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, como el art. 60.2 de la Ley

10/2018, de 9 de octubre y la disposición adicional primera de la Ley 1/2021, de 22 de enero. Esta circunstancia implica el otorgamiento de un mayor ámbito de discrecionalidad a la Administración a la hora de establecer las bases y criterios para la adjudicación de las licencias para prestar servicios de comunicación audiovisual, en general, y televisivos de ámbito local, en particular. Por este motivo los órganos competentes de las diferentes Comunidades Autónomas vienen convocando este tipo de concursos, estableciendo los criterios de adjudicación que mejor defiendan el mayor interés y utilidad pública, incluyendo el derecho fundamental a la información consagrado en el art. 20.1.d) de nuestra vigente Constitución. En Andalucía, además, hay que respetar lo establecido en la disposición adicional 3ª de la Ley 10/2018, de 9 de octubre.

QUINTO.- Sobre la pretendida nulidad de la Base 11.4.4, punto 4 de la tabla de la Base 12.2, del apartado 4 del proyecto audiovisual de la Base 12, del apartado 5 del Anexo III, del punto 5 del Anexo V, todos ellos relativos a la experiencia del equipo humano dedicado a la producción audiovisual, la entidad recurrente sostiene que la valoración de la experiencia, tal y como está recogida en el pliego, debe ser anulada por resultar contraria tanto al Derecho Comunitario como a la Ley 7/2010, de 31 de marzo, al favorecer a los licitadores que obtuvieron licencias de TDT Local en el anterior concurso convocado en 2016 y que actualmente continúan prestando el servicio al amparo de la Ley 1/2021, de 22 de enero. En apoyo de su argumentación la recurrente sostiene que a dicho criterio de valoración le es aplicable lo resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en la sentencia dictada el 29 de julio de 2020 en el recurso nº. 114/2018.

Tal argumento no puede ser acogido puesto que, precisamente, teniendo en cuenta de manera rigurosa lo argumentado en la citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el criterio de la experiencia establecido en las bases del concurso de TDT Local de 2021, a diferencia del convocado en 2016, va referido a la experiencia del equipo humano profesional del que dispondrá cada licitadora para la explotación de la licencia para prestar el servicio de comunicación audiovisual televisivo privado de carácter comercial y ámbito local, incluyendo la producción de los contenidos audiovisuales, por lo que una persona licitadora podría no contar con experiencia al ser una empresa de nueva creación, pero sí contar con un equipo humano que demuestre capacidad para la prestación del servicio. Simplemente debe comprometerse a contratarlo, en el caso de no contar con él.

Además, dicha experiencia del equipo no se circunscribe, como se hacía en las bases del concurso de TDT Local de 2016 a la experiencia en la prestación de servicios de televisión digital terrestre local acreditada dentro de un ámbito territorial concreto, sino que se extiende a la producción de contenidos audiovisuales, luego comprendería la comunicación audiovisual televisiva y la de medios de comunicación audiovisual en general, desarrollada en cualquier ámbito territorial. Por último, y a diferencia de las bases del concurso de TDT Local de 2016, en la convocatoria ahora recurrida, la acreditación de la experiencia del equipo supone otorgar a este parámetro 80 puntos dentro del total de 1000 en juego, con la finalidad de garantizar, en todo caso, el equilibrio en la ponderación de la puntuación, tal y como se justifica debidamente en los documentos preparatorios del pliego.

Centrándonos en el criterio impugnado, el apartado 4 de la Base 12 establece:

“4. Experiencia del equipo humano dedicado a la producción audiovisual

Se valorará entre 0 y 80 puntos aplicando el procedimiento indicado en el apartado 3 de la presente base sobre el total de años de experiencia del conjunto de personas que cada licitadora indique que va

a dedicar a la producción de contenidos audiovisuales, partiendo del mínimo exigido como solvencia técnica o profesional, que es de 2 años.”

No se valora, pues, en las bases impugnadas la experiencia como prestador de servicios de comunicación audiovisual de la persona licitante, tal y como, erróneamente, confunde y mal interpreta la recurrente, pues está muy claro que lo que se valora es la experiencia del equipo humano dedicado a la producción audiovisual que cualquier licitador puede contratar, si no cuenta ya con el mismo. Este equipo puede ser contratado por cualquier persona física o jurídica licitante que quiera optar a licencias, por lo que no existe discriminación alguna por valorar la experiencia de dicho equipo.

Es por ello, que carece de motivación la alegación de la recurrente de que el criterio impugnado vulnera el principio de igualdad de oportunidades o que resulte discriminatorio. No vulnera el ordenamiento jurídico nacional o comunitario, siendo patente que la experiencia de la empresa licitadora en ningún caso es objeto de valoración, y menos aún, causa de exclusión o entorpecimiento para la participación en el concurso de quien no tenga experiencia previa o no haya sido titular de una licencia de TDT Local.

Por el contrario, la acreditación de la experiencia del equipo del que dispondrá el solicitante puede servir para demostrar la capacidad y solvencia de quien ha de prestar un servicio de interés general. Esto es así, porque, cómo se indica en la Memoria justificativa complementaria de elaboración del pliego de Bases, la razón de valorar la experiencia de las personas que cada licitadora va a dedicar a la producción de contenidos audiovisuales, reside en la indiscutible naturaleza intelectual y creativa de la prestación objeto de las licencias del presente concurso, lo que conlleva la relevancia de la experiencia profesional del equipo que va a desarrollar la actividad de comunicación audiovisual televisiva, incluida entre los sectores culturales y creativos de los instrumentos de apoyo de la Unión Europea, como queda reflejado en el programa Europa Creativa, Subprograma MEDIA, o el Instrumento de Garantía de los Sectores Cultural y Creativo. Es indiscutible, pues, que tanto las labores de producción audiovisual como las de elección de la programación a incluir en la parrilla de programación de este tipo de servicios requiere un proceso intelectual complejo, exigiendo conocimientos técnicos, habilidades personales y estudios sociales para tratar de prever las necesidades de la potencial audiencia. En tal sentido, es significativa la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 5 de marzo de 2021*, que destaca el ecosistema cultural y creativo al que pertenecen las industrias de medios informativos y audiovisual, y la necesidad de prestar especial atención a los medios de comunicación locales, en la medida en que la viabilidad económica, técnica y creativa del pluralismo mediático depende de los mismos.

Con respecto a la supuesta confusión alegada por la recurrente entre la prestación de servicios audiovisuales con la producción de obras audiovisuales, no existe tal confusión de términos o roles, sino que se trata de valorar la experiencia del equipo humano en una de las actividades intelectuales y creativas fundamentales de la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisivo como es la producción de obras audiovisuales, puesto que valorar la experiencia como prestador de dicho servicio sí podría resultar discriminatorio. Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional 3ª de la Ley 10/2018, de 9 de octubre, relativa a “Criterios de valoración en la adjudicación de las licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual privado de carácter comercial”, en los procedimientos de adjudicación de licencias se deben valorar, entre otros, “*producciones del sector audiovisual andaluz*”.

En cuanto a lo alegado por la recurrente de que la experiencia se constituye no como un criterio de valoración de los proyectos audiovisuales, sino como criterio de acceso al concurso, procediendo la exclusión injustificada de todos aquellos que no posean un mínimo de experiencia de 2 años, conforme a lo dispuesto en la base 11.5 de que la Mesa comprobará que cada proyecto audiovisual presentado cumple con el contenido mínimo, consideramos que se debe a una confusión en la interpretación del pliego que hace la recurrente, por lo siguiente:

La base 11.4 establece la estructura del proyecto audiovisual, incluyendo en su apartado 2. *los recursos humanos dedicados a la prestación del servicio* y en su apartado 4. *la experiencia del equipo humano dedicado a la producción audiovisual*. Se trata de epígrafes que han de figurar en la estructura del proyecto, correspondiendo a la persona licitante rellenar el contenido de los mismos. De este modo, la Mesa de Valoración, conforme a la base 11.5 comprobará que cada proyecto audiovisual cumple con el contenido mínimo y con la estructura del proyecto, pudiendo perfectamente indicar la persona licitante que el equipo humano no cuenta con experiencia.

La exigencia de experiencia del equipo humano no forma, pues, como sostiene la recurrente, parte del contenido mínimo del proyecto audiovisual. Este contenido mínimo es el establecido en el art. 3.1.i) de la Ley 10/2018, de 9 de octubre, que se referencia en la base 11.2, debiéndose indicar, simplemente, los recursos humanos dedicados a la prestación del servicio, sin que se exija, insistimos, experiencia alguna respecto al mismo.

En cuanto al apartado de solvencia técnica o profesional (apartado 5 del Anexo V del Pliego de Bases sobre la documentación a presentar por las personas candidatas a licenciatarias) se establece que dichas personas deberán acreditar un equipo humano de, al menos, 2 personas que en conjunto deberán acreditar 2 años de experiencia en producción de contenidos audiovisuales.

Las personas jurídicas de constitución reciente y las personas físicas que hayan iniciado recientemente su actividad deben presentar una declaración sobre la plantilla media anual que prevén disponer para la prestación del servicio, estableciéndose el mismo mínimo de 2 personas que en conjunto deberán acreditar 2 años de experiencia en producción de contenidos audiovisuales. Por tanto, se establece el mismo requisito para cualquier licitador y se trata de un requisito que puede cumplir cualquiera, en condiciones de igualdad y no discriminación, pues bastaría con contratar a 2 personas con esa experiencia si no se cuenta con ellas. No se exige experiencia a los licitadores, sino a las personas que prestarán el servicio por cuenta de ésta, lo cual es muy diferente y fácil de acreditar por cualquier persona licitadora, sin que resulte discriminatorio para nadie.

SEXO.- Sobre la pretendida nulidad del apartado 1.2.6 de la Base 12, que valora la disponibilidad de contenidos en internet, sostiene la entidad recurrente que el citado apartado vulnera el principio de neutralidad tecnológica, puesto que se valora y otorga puntuación a aquellos proyectos audiovisuales que además de emitir sus contenidos por ondas hertzianas también difundan sus contenidos a través de internet, estableciéndose de ese modo dos tecnologías distintas que favorecen a aquellos prestadores que difundan su programación por internet frente a aquellos que se limiten a hacerlo mediante tecnología digital a través de ondas hertzianas terrestres.

Dicho apartado de la Base 12 establece:

1.2.6. Disponibilidad de contenidos en Internet. Entre 0 y 50 puntos.

Se otorgarán hasta un máximo de 50 puntos a aquellas personas licitadoras que indiquen la disponibilidad de contenidos en Internet, que se distribuirán de la siguiente forma:

- Si sólo se facilita el acceso on line a los contenidos que se retransmiten en directo, se otorgarán 30 puntos, debiendo retransmitirse un mínimo de 30 horas semanales.
- Si, además de dicho acceso en directo, pueden visualizarse los contenidos a la carta (correspondientes a programas ya emitidos) se otorgarán 20 puntos adicionales a los 30 anteriores, debiendo informarse de la plataforma utilizada para ello.

Precisamente la propia Base 3 del pliego establece que dicho principio es de aplicación al presente concurso “habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, por lo que el otorgamiento de las licencias para la prestación de servicios de comunicación audiovisual de titularidad privada no limita los derechos de las personas licenciatarias para poder explotar este servicio con otra tecnología, siempre con sometimiento a lo dispuesto en la normativa estatal vigente en cada momento”, teniendo por objetivo el que no puedan imponerse preferencias a favor o en contra de una determinada tecnología. Todo lo contrario, tratándose de un concurso para otorgar licencias de TDT Local, valorar a aquellos licitadores que, además de prestar el servicio a través de ondas hertzianas terrestres u otra tecnología habilitada por la Administración General del Estado, incluyan la posibilidad de que sus contenidos estén disponibles a través de internet no puede considerarse que vulnere el principio de neutralidad tecnológica. En ningún caso la posibilidad de difundir contenidos a través de internet impone ni constituye condición para poder concurrir al concurso puesto que dicho criterio únicamente asigna hasta un máximo de 50 puntos dentro del total de 1000 en juego a aquellos licitadores que, además de prestar el servicio televisivo ofrezcan a la ciudadanía la posibilidad de disponer de los contenidos a través de internet, lo que tampoco hoy en día resulta discriminatorio ni hace que sea de especial dificultad ofrecer tal servicio a cualquier prestador de servicios dirigidos al público en general.

Se trata, en definitiva, de un argumento improcedente el alegado por la recurrente, puesto que lo que vulnera la neutralidad tecnológica es obligar a prestar el servicio mediante TDT, no admitiendo otras tecnologías como el cable o el satélite, no obstante, es una cuestión que escapa a las competencias autonómicas, puesto que el Plan técnico nacional de la televisión digital local, aprobado mediante Real Decreto 439/2004, establece que la televisión local se preste a través de ondas terrestres (TDT). La valoración de la difusión de contenidos en internet aumenta la neutralidad tecnológica, no obligando a las personas a recibir el servicio a través de TDT, siendo accesible también, al menos parte del contenido, a través de internet, a la que puede accederse con múltiples tecnologías: ADSL, fibra óptica, tecnología móvil (3G, HSDPA, 4G, 5G), satélite, etc. Por otro lado, fomenta la modernización de los prestadores de estos servicios, acercándolos a las nuevas formas de consumo audiovisual.

En el mismo sentido se manifiestan los pliegos de concursos a nivel nacional y autonómico, que valoran que el licitador prevea ofrecer servicios digitales y servicios innovadores relacionados con el servicio de televisión terrestre, tales como el acceso multidispositivo a contenidos o programas a través de internet, servicios de televisión conectada u otros similares.

SÉPTIMO.- Sobre la pretendida nulidad del apartado 1.3 de la base 12, que valora premios y reconocimientos del proyecto audiovisual en los últimos tres años, la entidad recurrente sostiene que este criterio de valoración del proyecto audiovisual favorece a aquellos licitadores que ya estén prestando servicios de comunicación audiovisual televisivos frente a aquellos que sean de nueva creación puesto que dichos premios o reconocimientos habrán recaído en proyectos audiovisuales ya ejecutados o que se estén ejecutando.

El citado apartado de la Base 12 establece:

1.1.3. Premios y reconocimientos del proyecto audiovisual en los últimos tres años. Se valorará entre 0 y 10 puntos los proyectos que incluyan personas (profesionales), o contenidos audiovisuales que hayan obtenido premios o reconocimientos oficiales por alguna Administración Pública o entidad independiente en los últimos tres años.

- Se valorará con 2 puntos cada premio o reconocimiento otorgado por Administraciones Públicas o entidades independientes locales.

- Se valorará con 4 puntos cada premio o reconocimiento otorgado por Administraciones Públicas o entidades independientes autonómicas.

- Se valorará con 5 puntos cada premio o reconocimiento otorgado por Administraciones Públicas o entidades independientes nacionales o internacionales.

Deberá aportarse copia autenticada de los premios otorgados, salvo los concedidos por la Junta de Andalucía, en los que bastará con indicar el producto o persona premiada y la convocatoria en la que se otorgó.

Debe rechazarse de plano el motivo alegado por la recurrente ya que en ningún caso se valoran proyectos audiovisuales premiados, sino aquellos profesionales de los medios de comunicación o contenidos que hayan resultado premiados y se incluyan en los proyectos audiovisuales presentados. Y así, no resulta discriminatorio dicho criterio, puesto que cualquier persona licitadora, cuente o no con experiencia, podría obtener puntuación en el mismo, siempre que sus proyectos audiovisuales incluyan o cuenten con profesionales de los medios o contenidos que hayan tenido ese reconocimiento, fomentándose con ello la calidad de los que el prestador vaya a emitir. Efectivamente, los premios o reconocimientos se refieren a personas (profesionales) o contenidos audiovisuales. No tienen por qué favorecer a licitadores que ya vienen prestando un servicio audiovisual, puesto que podrían no haber obtenido ningún premio o reconocimiento por dicho servicio y cualquier persona licitadora puede contratar a personas premiadas o incluir en sus proyectos contenidos audiovisuales premiados. No se premia a los proyectos, sino a algunos contenidos del mismo. Del mismo modo, no se delimita el ámbito geográfico en el que se haya obtenido la distinción, de acuerdo a la normativa Comunitaria.

OCTAVO.- Sobre la pretendida nulidad del punto 4 del Anexo V y punto 6 del Apéndice 2, en lo relativo a la acreditación de la solvencia económica y financiera, considera la recurrente que el establecimiento de solvencias técnicas y económicas contradice el régimen jurídico establecido por la Ley 7/2010, de 30 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.

Sin embargo, la prestación de servicios de comunicación audiovisual televisivos requiere contar con medios técnicos y profesionales además de recursos económicos adecuados para ello, de ahí que sea necesaria la exigencia de una cierta solvencia técnica y económica que, sin vulnerar los principios de libre concurrencia y no discriminación, determine que quienes obtengan las licencias cuenten con la solvencia suficiente para poder prestar el servicio. Sobre tal cuestión son suficientemente clarificadoras las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Granada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de octubre de 2018 (RCA nº. 818/2017) y de 15 de noviembre de 2018 (RCA nº. 999/2016) que a propósito del establecimiento de solvencia técnica y económicas señalan que no es difícil aceptar que la prestación de servicios de comunicación audiovisual televisiva por ondas hertzianas terrestres y cobertura estatal requiere contar con medios y recursos adecuados para ello y que no es disfuncional, sino todo lo contrario, la utilización de requisitos que fijen unos mínimos de solvencia para, sin impedir la libre concurrencia y, en particular, la entrada de nuevos prestadores del servicio, evitar que concurran quienes no tienen posibilidad de obtener las licencias precisamente por falta de la solvencia necesaria. En definitiva, tanto la exigencia de una garantía provisional como el establecimiento de solvencias

económicas y técnicas, no solo se consideran ajustadas al ordenamiento jurídico, sino que se entiende deseable por la trascendencia de los servicios de comunicación audiovisual televisiva objeto del concurso impugnado, y la utilización privativa del dominio público radioeléctrico que comporta el otorgamiento de las licencias.

Además, la solvencia económica y financiera, tal y como se indica en el punto 4 del Anexo V puede acreditarse de diferentes formas, aportando los certificados y documentos correspondientes.

En los medios relacionados en los apartados a) y b) del apartado 4 del Anexo V, se exige, ciertamente, haber tenido actividad durante 2 de los 3 últimos ejercicios económicos, pero conforme a lo dispuesto en la primera parte del apartado c) de dicho apartado 4, las personas jurídicas de reciente creación, e incluso personas físicas que hayan iniciado recientemente su actividad económica, podrán acreditar dicha solvencia mediante un Informe de instituciones financieras que avale su solvencia económica. Resulta lógico pensar que dicho informe podría relacionarse con una cantidad mínima superior o igual al doble del importe de la garantía de cada demarcación a la que se licita, sin exigirse vincular dicho informe a los últimos ejercicios económicos, sino referido a la situación económica de la licitadora en el momento actual, que es cuando licita al concurso, por lo que no resulta discriminatorio.

Respecto de la invasión competencial a la que alude la recurrente, el argumento debe ser desestimado de plano partiendo de que el art. 60.2 de la Ley 10/2018, de 9 de octubre y la disposición adicional primera de la Ley 1/2021, de 22 de enero, establecen que las licencias para prestar servicios de comunicación audiovisual mediante ondas hertzianas terrestres debe otorgarlas mediante concurso público el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía. Tanto el art. 60.3 de la Ley 10/2018, de 9 de octubre, como el apartado 2 de la citada disposición adicional primera establecen que, sin perjuicio de lo dispuesto en las bases reguladoras de dichos concursos, el otorgamiento de licencias se registrará por la normativa básica estatal, la ley Audiovisual de Andalucía y, supletoriamente, por la legislación patrimonial del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

A ello se suma que el requisito de solvencia impugnado se establece en el pliego para un ámbito local, que no nacional. El art. 63 de la Ley 10/2018, de 1 de octubre, establece en su apartado 1.b) que las partes interesadas en la celebración de negocios jurídicos sobre licencias de comunicación audiovisual deben acreditar su capacidad para contratar con la Administración, incluyendo su solvencia técnica o profesional y la económica o financiera. Resulta consecuente con dicho precepto que se exija solvencia técnica o profesional y económica o financiera también a la hora de acceder, vía otorgamiento en concurso público, a una licencia de comunicación audiovisual. Resultando también proporcionados y no discriminatorios los requisitos establecidos en este sentido en el pliego de bases del concurso. En el mismo sentido se recoge lo establecido en el último párrafo del art. 28.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

NOVENO.- Sobre la pretendida nulidad del apartado 1.2.2 de la Base 12, en lo relativo al compromiso de no emitir contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias, entiende la entidad recurrente que a través de este criterio la Administración trata de configurar la emisión de contenidos según lo que ella considera más adecuados, favoreciendo la emisión de programas informativos y penalizando los relativos a esoterismo, paraciencia o de juegos de azar y apuestas, lo que sería nulo de pleno derecho por vulnerar el derecho a la libertad de creencias que establece el art. 16.1 de la Constitución y contravenir lo dispuesto en los artículos 10.1 y 2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo. En este sentido, alega que tras la modificación operada por la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en la concepción del servicio de comunicación audiovisual, no ya como servicio público sino como

servicio de interés general, la Administración carece de facultades para incidir en la programación de los prestadores del referido servicio de comunicación audiovisual. Refiere en sus alegaciones que en el supuesto que pudiera valorarse la programación, el criterio de sólo tener en cuenta unos pocos contenidos (esoterismo, paraciencia, juegos de azar y apuestas) sin referirse a otros muchos como pudieran ser los religiosos, supondría un trato discriminatorio con respecto a estos últimos.

Conforme a lo informado por la Dirección General de Comunicación Social, dicha base no infringe la normativa audiovisual la decisión adoptada de fomentar una categoría de contenidos (los informativos), por una parte, y penalizar otros (esoterismo, las paraciencias o programas dedicados a los juegos de azar y las apuestas). Hay que tener en cuenta que si bien los apartados 1 y 2 del artículo 10 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, consagran el derecho de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual a fijar la dirección editorial mediante la selección y organización de los contenidos, este derecho no es absoluto, y así en el apartado 3 de dicho artículo (omitido por el recurrente), se establece que *“la libertad de prestación del servicio de comunicación audiovisual se ejercerá de acuerdo a las obligaciones que como servicio de interés general son inherentes a la comunicación audiovisual y a lo previsto en la normativa en materia audiovisual”*. Asimismo, en el pliego, ponderando, de una parte, el ejercicio del derecho a fijar contenidos por parte de los prestadores de servicios audiovisuales, con la potestad propia de la Administración, por otra, de fomentar una serie de contenidos en defensa del interés general y en detrimento de otros que se consideran legítimamente menos apropiados para el mismo, únicamente se ha tenido en cuenta una relación reducida de temáticas, permaneciendo neutral respecto a otras muchas (culturales, deportivas, infantiles...), a los efectos de permitir que sea el propio prestador del servicio el que decida sobre la estructura y contenidos de la programación, de acuerdo con lo dispuesto en los referidos apartados 1 y 2 del artículo 10 de la LGCA.

En este mismo sentido, resulta muy ilustrativa la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 22 de enero de 2016, dictada en el RCA nº. 360/2014, que manifiesta en su fundamento jurídico 5º, que *“es lícito imponer una serie de contenidos mínimos en la emisión, tal y como lo ha marcado como objetivo el legislador europeo y español (...) Pero es que, además, es la administración autonómica la competente para desarrollar y fijar estos contenidos que deben ser objeto de fomento (...)”*.

Desde este punto de vista, en el procedimiento de elaboración de un pliego de condiciones que ha de regir la adjudicación de licencias de comunicación audiovisual, se ejercita actividad discrecional, pudiendo el órgano administrativo, en este caso el Consejo de Gobierno, decidir, de entre todos los factores que pudieran ser objeto de valoración para determinar la adjudicación de licencias, aquellos que consideren más convenientes por razones de oportunidad, con el único límite del respeto al ordenamiento jurídico.

Y tal como se destaca en el propio expositivo del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de abril de 2021 se ha dado peso en la ponderación de los criterios de valoración del proyecto audiovisual a los compromisos relativos a inclusión de contenidos dedicados al fomento de valores culturales, sociales, e históricos de Andalucía. La Dirección General de Comunicación Social indica al respecto que a la hora de formular dichos criterios se han tenido en cuenta, además de los valores culturales, sociales e históricos contenidos en el Estatuto de Autonomía de Andalucía, los siguientes documentos:

- *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 5 de marzo de 2021. Los medios de*

Comunicación europeos en la Década Digital: un plan de acción para apoyar su recuperación y transformación.

- Informe y Decisión 5/2013 sobre la regulación de los programas relacionados con el esoterismo y las paraciencias del Consejo Audiovisual de Andalucía en los que se pone de manifiesto la preocupación del CAA sobre la proliferación en el panorama audiovisual español y andaluz de espacios con contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias, así como la necesidad de abordar una revisión de la regulación de estos contenidos en la actual Ley General de Comunicación Audiovisual.
- Bases de Pliegos de otras Comunidades Autónomas.
- Bases de Pliegos de la Administración del Estado.

Por otro lado, el art. 7.2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, limita la emisión de contenido relacionado con el esoterismo y las paraciencias al horario entre la 22 y las 7 de la mañana, estableciendo, además, que *“En todo caso, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual tendrán responsabilidad subsidiaria sobre los fraudes que se puedan producir a través de estos programas”*, lo que deja manifiestamente patente que se trata de un contenido audiovisual pernicioso, al menos, para el público infantil. Por su parte, el art. 32 de la Ley 10/2018, de 9 de octubre, restringe aún más dicho horario, limitándolo en Andalucía a la franja horaria entre la 1:00 y las 5:00 horas. Además, el art. 41.2.a) de dicha Ley 10/2018, de 9 de octubre, prohíbe incluso la emisión de promoción de dichos contenidos en horario de protección de menores.

Además, nada tiene que ver la emisión de contenidos relacionados con el esoterismo y las paraciencias con el derecho fundamental a la libertad de creencias que reconoce el art. 16.1 de la Constitución, por cuanto dichos contenidos no se relacionan con ninguna religión, estando más cerca de una simple estafa que se aprovecha de la desesperación y falta de cultura de muchas personas. Ese tipo de contenidos y no los contenidos religiosos son los que están prohibidos en gran parte del horario de emisión, por lo que no resultan equiparables.

DÉCIMO.- No procede declarar, pues, la nulidad de la totalidad de la convocatoria y de las bases, y se debe desestimar el recurso de reposición interpuesto, ya que se han fundamentado los criterios en contrario con respecto a las alegaciones del escrito de recurso. Las bases aprobadas cumplimentan y hacen efectivos los principios de objetividad, transparencia, proporcionalidad, concurrencia y no discriminación, así como neutralidad tecnológica exigidos por la normativa europea, pues la selección se realiza respetando los criterios establecidos tanto en la LGCA Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual como en la Ley 10/2018, de 9 de octubre, Audiovisual de Andalucía, y en ningún caso los distintos criterios de adjudicación vulneran los referidos principios, ni por separado ni en su globalidad, pues es evidente que la puntuación que otorgan dichos criterios, 80, 50, 10 y 20 puntos, en relación con la totalidad de la puntuación, 1.000 puntos, resulta perfectamente ponderada y proporcional y afecta a un porcentaje mínimo respecto de la puntuación total, sobre los que en ningún caso puede basarse la pretensión de nulidad integral de las bases que realiza el recurrente.

En suma, de conformidad con las consideraciones precedentes, y vistos los preceptos legales ya citados y demás de general y pertinente aplicación, a propuesta del Consejero de la Presidencia,

Administración Pública e Interior y previa deliberación del Consejo de Gobierno, en su reunión del día 22 de junio de 2021, toma el siguiente

ACUERDO

DESESTIMAR el recurso de reposición interpuesto por [REDACTED] en nombre y representación de la entidad RADIODIFUSIÓN DIGITAL, S.L. contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de 27 de abril de 2021 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 y ámbito local en Andalucía, así como se aprueba el pliego de bases que rige el mismo; como también contra el mismo pliego de bases inserto como apéndice 3 del mencionado Acuerdo.

Contra el presente Acuerdo, que pone fin a la vía administrativa, se podrá interponer recurso contencioso-administrativo ante los correspondientes órganos judiciales de este Orden, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación o publicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sevilla, a 22 de junio de 2021

Juan Manuel Moreno Bonilla
PRESIDENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Elías Bendodo Benasayag
CONSEJERO DE LA PRESIDENCIA, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
E INTERIOR