

Sobre la aplicación supletoria de la legislación de contratación pública a ciertos procedimientos y acerca de la distinción entre renuncia a la perfección del contrato y desistimiento del procedimiento de contratación

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo (STS de 10 de febrero de 2016 en recurso de casación nº 3814/2014) aborda la inaplicabilidad de la legislación de contratos del sector público en un procedimiento de otorgamiento de licencias de ocupación del dominio público así como la distinción que opera entre la renuncia a la perfección del contrato y el desistimiento del procedimiento de contratación, y entre las distintas razones que justifican uno y otro.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

El Consejo de Gobierno del País Vasco acordó el 11 de diciembre de 2012 renunciar, por razones de interés público, a un concurso previamente convocado¹ para la adjudicación de licencias para la prestación de servicios de comunicación radiofónica en ondas métricas con modulación de frecuencia en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

La **renuncia** se amparó en el concurso de **razones de interés público** y el precepto legal en el que se fundó el ejercicio de tal facultad fue el artículo 155 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) cuya aplicación al procedimiento se determinó por remisión al artículo 4.2 del referido texto refundido² entendiéndose por tanto que el otorgamiento de licencias se configura como uno de los negocios y relaciones jurídicas excluidos de la aplicación del TRLCSP por el artículo 4.1 de esa misma norma.

Y las razones de interés público aducidas en aplicación del artículo 155 TRLCSP³ fueron las siguientes:

¹ El concurso había sido convocado por el Consejo de Gobierno del País Vasco mediante acuerdo de 28 de febrero de 2012. El expediente se sustanció a través de procedimiento abierto y en el curso del mismo, la mesa de valoración propuso que se adjudicase una de las treinta y cuatro nuevas licencias a cierta empresa.

² El artículo 4.2 del TRLCSP dispone que los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior (artículo 4.1 TRLCSP relativo a los negocios excluidos de la norma) se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

³ El artículo 155 TRLCSP regula la "renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación por la Administración" y señala que:

1. *En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».*

2. *La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.*

«(...) las modificaciones de la Ley General de la Comunicación Audiovisual, las decisiones del Consejo de Ministros que favorecen la concentración de medios en el sentido exactamente contrario al espíritu de las Bases del Concurso; la concentración de licitadores que afecta directamente a la valoración efectuada; el transcurso de más de 25 años desde el último concurso efectuado y la previsión en las bases de un plazo de concesión de licencias tan amplio como el de 15 años que le confiere una dimensión de naturaleza estratégica».

En el curso del procedimiento, la mesa de valoración había propuesto que se adjudicase una de las treinta y cuatro nuevas licencias a cierta empresa, sociedad que interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de renuncia⁴ ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Mediante STSJPV de 14 de octubre de 2014, la Sección Primera de la referida Sala de Bilbao **anuló el acuerdo de renuncia** y reconoció el derecho de la empresa recurrente a que se le adjudicara definitivamente la licencia. La principal razón en la que se asentó la estimación consistió en la consideración de que el régimen al que están sujetas estas licencias, el establecido en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, es **incompatible⁵ con el establecido en el TRLCSP**.

Los servicios de comunicación audiovisual son **servicios de interés general** y se prestan en **régimen de comunicación** a menos que precisen, para su prestación, del uso del dominio público radioeléctrico (porque lo sea mediante ondas herzianas terrestres) en cuyo caso el otorgamiento y la obtención de la concesión de uso privativo está sujeta a **licencia administrativa previa⁶** otorgada mediante concurso por la autoridad audiovisual competente.

La sentencia recuerda que el artículo 27.1 de la Ley 7/2010 incluye una **cláusula de remisión a efectos supletorios**, a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del siguiente tenor:

«1. Los concursos de otorgamiento de licencias para la prestación de servicios audiovisuales se regirán por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, en lo no dispuesto por la presente Ley así como, en sus respectivos ámbitos de competencias, por lo previsto en la legislación autonómica de desarrollo».

3. *Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.*

4. *El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.*

⁴ Recurso nº 213/2013, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

⁵ Según el artículo 22.1 de la Ley 7/2010, los servicios de comunicación audiovisual son **servicios de interés general** que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, de la pluralidad y de los valores democráticos.

⁶ Así resulta del artículo 22.1 de la Ley 7/2010, norma cuyo artículo 24 define el objeto y contenido de la licencia: la concesión del uso privativo del dominio público radioeléctrico de conformidad con la planificación establecida por el Estado. El artículo 27 impone ofrecer simultáneamente todas las licencias disponibles de idéntica naturaleza e idéntico ámbito de cobertura y prescribe que, cuando haya quedado liberada una licencia única, deberá ser convocada en concurso en el plazo de tres meses. Además, el apartado quinto de este último precepto impone la convocatoria del concurso en ese plazo a contar desde vencimiento de licencias y dispone que, una vez transcurrido, cualquier interesado puede solicitar que se convoque y que esa solicitud comporta el deber de proceder a la convocatoria.

Pues bien, con estos presupuestos normativos, la Sala de Bilbao afirma que la *dualidad de régimen de comunicación previa-licencia es patentemente antagónico e incompatible con la contratación administrativa, sus principios y postulados*. Señala al respecto que *“es de elemental definición que la licencia administrativa opera en el ámbito de las potestades de policía y limitación de derechos preestablecidos del administrado y que su emisión se incardina dentro de las potestades administrativas regladas a través de la verificación de los presupuestos previstos por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de aquel derecho. (...) la actividad prestadora de servicios de comunicación audiovisual por los particulares se halla liberalizada y (...) la razón de someterla ocasionalmente a régimen de licencia gravita esencialmente sobre la limitación natural del espacio radioeléctrico público y en modo alguno sobre apreciaciones discrecionales y de oportunidad del poder público sobre su legitimidad y conveniencia»*.

Por ello entiende que siendo así las cosas, carece de todo predicamento que la Administración convocante del concurso (cuya necesidad de convocatoria misma considera por lo expuesto que es reglada y queda vinculada a la mera existencia de vacantes) invoque la aplicación al caso del artículo 155 del TRLCSP, que a lo que corresponde es *“a la renuncia a la perfección de contratos administrativos que, por razones tampoco confiadas a la apreciación administrativa, sino siempre fundadas en específicas, objetivas y motivadas razones de interés público, pueda resultar conforme a derecho”*.

Asimismo, dice que la cláusula del artículo 4.2 del TRLCSP *“es ineficaz a la hora de (...) justificar la remisión al (...) artículo 155 en función de (...) [las] dudas o lagunas (...) pues la actividad desplegada por la Administración en torno a las licencias de comunicación audiovisual no se corresponde con tales negocios y contratos excluidos mencionados en el artículo 4.1 ni mantiene con ellos la menor analogía”*.

También interesa destacar de la sentencia su insistencia en que el artículo 155 TRLCSP distingue entre la **renuncia a la perfección del contrato** y el **desistimiento del procedimiento**, y exige para este último que concurra una infracción insubsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, lo que debe justificarse en el expediente.

Concluye en definitiva que el carácter reglado del concurso para la adjudicación de licencias y la naturaleza de éstas sólo posibilita un limitado control de legalidad sobre las solicitudes y sus aspirantes⁷.

Recurrida en casación, se critica:

1. El juicio de la STSJ PV sobre la inaplicabilidad del artículo 155 TRLCSP apartados 1, 2 y 3 en relación con el artículo 4 del TRLCSP.
2. La caracterización que la STSJ PV hace sobre el régimen de adjudicación de licencias conforme a la Ley 7/2010 desde el entendido de que la taxatividad de tal norma sólo opera constituidas las licencias y por tanto superada la fase de adjudicación.

⁷ Y añade a mayor abundamiento, que las razones de interés público alegadas por el acuerdo recurrido para fundamentar la renuncia al concurso *«no se presentan ordenadamente como tales a través de un discurso motivador que las vertebré y enlace, sino como un precipitado de ideas y enunciados dispares y hasta contradictorios con la idea de renuncia que, en ocasiones, se contraponen abiertamente a los postulados reglas legales básicas en la materia (...) y que no se relacionan directamente con las concretas y precisas facultades fiscalizadoras de los requisitos de los concursantes o de su capacidad que al poder público conciernen»*.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 10 de febrero de 2016, dictada en el recurso de casación nº 3814/2014, confirma la sentencia recurrida y concluye:

1. Que no sólo es cierto que en el artículo 4 del TRLCSP no hay un apoyo explícito a la premisa que el Gobierno Vasco da por sentada, sino que además y sobre todo, el texto legal que disciplina la comunicación audiovisual, la Ley 7/2010, en vez de remitirse a título supletorio a la legislación de contratos administrativos, lo hace a la de Patrimonio de las Administraciones Públicas (artículo 27.1). Si a eso se añade la distinta naturaleza de las licencias y de los contratos se hace más clara la corrección de la interpretación seguida por la Sala de Bilbao que todavía refuerza con sus precisiones sobre los requisitos que han de darse para que proceda el desistimiento del procedimiento establecidos por el artículo 155.
2. Que frente a una decisión concreta, la adjudicación de licencias que afecta a sujetos singulares en el marco de un procedimiento definido, convocado específicamente por la Administración, supuesto que fuere procedente la renuncia, parece fuera de toda duda que las razones de interés público con las que se quisiera justificar deberían tener esos mismos caracteres de concreción, singularidad y especialidad (y nada de ello se advierte en las ofrecidas en el acuerdo del Consejo de Gobierno de País Vasco).

Conclusión:

La legislación en materia de contratación pública no es aplicable de manera supletoria con carácter general a todo procedimiento de adjudicación de licencias y menos aún ante una remisión expresa a la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas por parte de la norma que disciplina el otorgamiento de un título de ocupación demanial. En materia de contratos públicos resultan diferentes la **renuncia a la perfección del contrato** y el **desistimiento del procedimiento** de contratación, pues mientras la primera sólo puede tener lugar ante la presencia de razones fundadas en específicas, objetivas y motivadas razones de interés público, la segunda exige la concurrencia de una infracción insubsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo unas y otras acreditarse en el expediente.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid - 28046 (tel: 915 829 415)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.