

4. CONCESIONES ADMINISTRATIVAS.

Consulta sobre la posibilidad de resolver por mutuo acuerdo una concesión para la explotación del servicio público de Televisión Digital Terrenal (TDT) adjudicada por el Consejo de Ministros a determinada empresa al amparo de la Ley 10/1988, de Televisión Privada (LTP), que no contempla el mutuo acuerdo entre las causas de extinción de estas concesiones. Aplicación preferente de la LTP sobre la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), que sí recoge esta causa de extinción ¹.

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito de fecha 26 de abril de 2002, dirigido al Ministerio de Ciencia y Tecnología, Secretaría de Estado de Telecomunicaciones, la mercantil QTV, solicitó el inicio de la tramitación del procedimiento oportuno para la resolución por mutuo acuerdo de la concesión para la explotación del servicio público de Televisión Digital Terrenal (TDT) que le fue adjudicada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de junio de 1999.

2. Con carácter previo a la solicitud reseñada en el antecedente anterior se habían recibido en la indicada Secretaría de Estado otros escritos de eventuales interesados en el procedimiento y, en concreto, un escrito de fecha 23 de abril de 2002 por el que la empresa M.S.E., S.L. solicita ser considerada como interesada, en su condición de acreedora de QTV, en el eventual procedimiento que pudiera incoarse para la resolución de la concesión otorgada a esta entidad, indicando que la renuncia a la misma no parece que pueda ser aceptada como causa de extinción de la concesión administrativa, por no venir prevista como tal en la normativa vigente.

3. Con fecha 9 de mayo de 2002, el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información solicitó informe a la Abogacía del Estado del Departamento «sobre si es o no viable la aceptación de la resolución por mutuo acuerdo de la citada concesión y, en caso

¹ Dictamen de la Abogacía General del Estado de 22 de mayo de 2002 (ref.: A.G. Ciencia y Tecnología 3/02). Ponente: María Jesús Prieto Jiménez.

de que no lo fuera, qué posibilidades de actuación tendría la Administración en relación con este tema».

4. La Abogacía del Estado del Ministerio de Ciencia y Tecnología emitió, con fecha 13 de mayo de 2002, el informe requerido en el que, tras diversas consideraciones, se concluye que «el mutuo acuerdo no puede admitirse como causa de resolución de la concesión otorgada a QTV y por tanto procede la inadmisión de su solicitud.»

5. A la vista del informe de la Abogacía del Estado del Departamento, con fecha 14 de mayo de 2002 el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información solicita de esta Abogacía General del Estado «su opinión respecto de las conclusiones recogidas en dicho informe jurídico».

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. La cuestión planteada por el escrito de consulta estriba en determinar si la concesión de explotación para la explotación del servicio público de Televisión Digital Terrenal (TDT) otorgada a QTV por Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de junio de 1999 puede ser resuelta de mutuo acuerdo, de conformidad con la solicitud formulada en tal sentido por la entidad concesionaria en su escrito de 26 de abril de 2002, o si, por el contrario, procede la inadmisión de la referida solicitud de acuerdo con el criterio manifestado por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Ciencia y Tecnología en su informe de 13 de mayo de 2002.

Para llegar a tal conclusión, el indicado informe realiza las siguientes consideraciones:

«En el presente caso, a juicio de esta Abogacía del Estado, cabe acordar la inadmisión fundada en que el mutuo acuerdo no está previsto como causa de extinción de las concesiones otorgadas con arreglo a lo dispuesto en la LTP. En efecto, el artículo 17.1 de la misma dispone:

1. Las concesiones otorgadas al amparo de la presente Ley se extinguen:

a) Por transcurso del plazo de concesión, sin haberse tramitado su renovación.

b) Por incumplimiento de los requisitos establecidos por los artículos 18 y 19 de la presente Ley.

c) Por declaración de quiebra o de suspensión de pagos, o acuerdo de disolución de la sociedad concesionaria.

d) Por consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio de la sociedad concesionaria a una cantidad inferior a la cifra del capital social inicial, a no ser que éste se reintegre en los términos previstos en la Ley de Sociedades Anónimas.

e) Por no haber iniciado, sin causa justificada, las emisiones dentro del plazo fijado en la concesión.

f) Por suspensión injustificada de las emisiones durante más de quince días en el período de un año.

(...)

Por su parte, la base 33 del pliego señala:

Base 33. Extinción de la concesión.

La concesión se extinguirá conforme a lo previsto en el artículo 17 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada.

En el escrito de QTV se sostiene que la posible aplicación del mutuo acuerdo como causa de resolución deriva de la base 3 del pliego que incluye a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas entre la normativa que configura el régimen jurídico de la concesión y la propia naturaleza general de la Ley de Contratos que implica su aplicación a todo contrato de gestión de servicios públicos.

Por el contrario, esta Abogacía del Estado considera que las causas de extinción de las concesiones para la prestación del servicio público de televisión por ondas hertzianas, en su modalidad analógica o digital, deben quedar limitadas a las contenidas en el artículo 17 LTP, ley de carácter especial frente a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que cedería en este punto a las disposiciones de la primera y se aplicaría con carácter exclusivamente supletorio. Así debe entenderse, a nuestro juicio, la inclusión de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas entre las que constituyen el régimen jurídico básico de la concesión en la base 3 del pliego.[...]»

La cuestión se centra, en consecuencia, en determinar si las causas de extinción de las concesiones a que se refiere el artículo 17 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (citada como LTP), excluyen a las previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio), en virtud del principio de especialidad, o si, por el contrario, las primeras deben completarse con las segundas, de modo que la resolución por mutuo acuerdo sería admisible respecto de este tipo de concesiones.

Y procede anticipar el criterio de este centro directivo, que comparte el manifestado por la Abogacía del Estado en el Ministerio de Ciencia y Tecnología, en el sentido de considerar que el principio de especialidad de la LTP que rige este tipo de concesiones excluye la aplicación de la LCAP en todas las cuestiones relativas al procedimiento de adjudicación y régimen jurídico de la concesión que estén expresamente previstas en la LTP, cuyo régimen específico es prioritario frente al general contemplado en la LCAP para todos los contratos que celebren las Administraciones Públicas y, en particular, para el contrato de gestión de servicios públicos. Las razones que apoyan esta conclusión se exponen en los siguientes fundamentos jurídicos.

II. El carácter especial de la LTP no ofrece duda alguna, a juicio de este centro directivo, a la vista de la taxativa delimitación de su objeto

que, como subraya el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Ciencia y Tecnología, consiste precisamente en «regular la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, cuya titularidad corresponde al Estado» (art. 1), gestión indirecta que «se realizará por sociedades anónimas, en régimen de concesión administrativa, conforme a lo previsto por la presente Ley» (art. 2). De acuerdo con el artículo 8 de la LTP, «El otorgamiento de las concesiones para la gestión indirecta del servicio público de la televisión corresponderá al Gobierno mediante el oportuno concurso público» (apartado 1), que «se convocará por acuerdo del Consejo de Ministros, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley y en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Privada al que haya de ajustarse el funcionamiento de las sociedades concesionarias» (apartado 2), Plan Técnico Nacional que «será aprobado, mediante Real Decreto, por el Gobierno» (art. 5.1) y comprenderá la regulación de las condiciones de carácter técnico que sean necesarias para garantizar la adecuada prestación del servicio (art. 5.2).

La especialidad de la LTP se produce, de acuerdo con estos preceptos, en relación con la regulación general del contrato administrativo de gestión de servicios contenida en la vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y, antes que ella, en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, así como en la anterior Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 (LCE), normas todas ellas que contemplan la concesión para la explotación de servicios públicos como una de las modalidades admisibles de contratación para la gestión indirecta de los mismos.

Así, el contrato de gestión de servicios públicos se califica en la vigente LCAP como un contrato administrativo típico [art. 5.1.a)], por el que las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público (art. 154.1) de su competencia, configurándose como una forma de gestión indirecta, mediante contrato, de los servicios públicos «siempre que tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares y no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos» (art. 155.1), y excluyéndose de su ámbito de aplicación «los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma» (art. 154.2). «Estos contratos se regularán por la presente Ley (LCAP), salvo lo establecido en los artículos 9.5, 96, 102 y 110, y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella» (art. 155.5).

El artículo 155 LCAP exige también que «2. Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que

4 determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma. 3. En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate. 4. El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional como en el territorial». Entre las modalidades de contratación, el artículo 156 contempla en su letra a) la «Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en el apartado 3 del artículo 130 de la presente Ley».

De los preceptos transcritos cabe deducir que, en un principio, la gestión indirecta del servicio público esencial de televisión de que es titular el Estado mediante concesión administrativa se podría considerar un supuesto específico del contrato de gestión de servicios públicos contemplado con carácter general en la LCAP, cuyas previsiones serían en consecuencia de aplicación a estas concesiones además de las de la LTP, que constituyen el régimen jurídico básico del servicio de televisión concedido, y que son de aplicación como «disposiciones especiales del respectivo servicio» conforme al artículo 155.5 LCAP.

En este sentido, la base 3 del pliego de bases y de prescripciones técnicas que rige la concesión a que se refiere la consulta (no acompañado a la misma) menciona entre las normas que constituyen el régimen jurídico básico de la concesión tanto a la LTP como a la LCAP, según indica el informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Ciencia y Tecnología, sentado lo cual cabe sostener que, aunque la LTP no llame supletoriamente a la LCAP (o a la entonces vigente LCE), ni califique como contractual la relación jurídica nacida entre la Administración del Estado titular del servicio público esencial de televisión y los concesionarios del mismo, la normativa general reguladora de los contratos del Estado o, actualmente, de las Administraciones Públicas resulta también aplicable a las concesiones reguladas en la LTP; pero tal aplicación será supletoria, en lo no previsto en esta última que, como ley especial, ha de entenderse que deroga a la general en las materias que específicamente regula.

III. No obsta a la conclusión anterior el hecho de que el artículo 155.5 LCAP (y antes el art. 62 LCE) admita la aplicación de las disposiciones especiales del respectivo servicio, sólo «en cuanto no se opongan a ella» (LCAP), pues la regulación de las concesiones para la explotación del servicio público esencial de televisión contenida en la LTP tiene el mismo rango legal que la regulación general de las concesiones para la gestión de servicios públicos contenida en la citada LCAP. Y tampoco la fecha posterior de esta última en relación a la de la LTP es obstáculo al respecto, pues la LCE era anterior a la LTP y contenía idéntica previsión, que no ha sido modificada por la LCAP.

Además, resulta evidente, a la vista de los preceptos transcritos anteriormente, que la regulación establecida en la LTP respecto de este tipo

de concesiones va más allá de lo que constituye la reglamentación del «régimen jurídico básico» del servicio a que alude el artículo 155.2 LCAP. El ámbito de la regulación de la LTP comprende todo el régimen jurídico de la concesión, como subraya el Tribunal Constitucional en su STC 127/1994, de 5 de mayo, que resuelve recursos de inconstitucionalidad contra la LTP, indicando en su fundamento jurídico 8, punto A), lo siguiente:

«Sentada la titularidad estatal de la facultad de otorgar las concesiones (art. 8.1 de la Ley), que es el precepto nuclear, deben ir aparejadas a esta facultad principal del Estado las potestades accesorias a la misma de ordenación del régimen jurídico de la concesión: sometimiento de la concesión a las eventuales modificaciones técnicas sobrevenidas según el plan y a los Acuerdos internacionales (art. 6.), convocatoria del concurso público por el Consejo de Ministros (art. 8.2); criterios de adjudicación (art. 9.1); apreciación por el Gobierno de las ofertas (art. 9.2); previsión de las sociedades que no pueden ser concesionarias (art. 10); plazo de la concesión y posibilidad de renovación (art. 11); carácter intransferible de la concesión (art. 12); causas de extinción de la concesión y su declaración (art. 17). Y otro tanto cabe decir de las normas del capítulo III impugnadas (arts. 18, 19, 21 y 22) referidas a los requisitos que deban poseer las sociedades concesionarias: capital social y carácter nominativo de las acciones (art. 18); normas destinadas a impedir la concentración del capital social en una sola persona física o jurídica (art. 19); exigencia de autorización para la transmisión de acciones (art. 21); obligatoriedad de la auditoría externa anual (art. 22), y actualización por el Gobierno de la cuantía del capital social mínimo (disposición adicional, apartado 2.º). Así como la tipificación de un régimen de infracciones y sanciones (capítulo IV de la Ley, y, en especial, los arts. 24, 25 y 26 que expresamente se impugnan), y la previsión de unas facultades de inspección y control a cargo del correspondiente Ministerio estatal (art. 7).

Este mismo criterio lo hemos aplicado ya en distintas ocasiones en materia de radiodifusión sonora o televisiva (SSTC 108/1993, fundamento jurídico 3.º; 168/1993, fundamento jurídico 3.º y 278/1993, fundamento jurídico 2.º), y, por ello, su utilización no requiere ahora de una mayor motivación expresa: debe ser la competencia sobre el otorgamiento de una concesión de radiodifusión el punto de referencia que determine la competencia para cualesquiera otras medidas accidentales o instrumentales de esta que sean imprescindibles para mantener la ordenación unitaria del régimen jurídico al que la concesión se somete, como son la ordenación del procedimiento de adjudicación, la adopción de medidas provisionales, las labores de inspección y sanción, etc.; y, en concreto, todas las que en el párrafo anterior se enumeran.»

Sentado, pues, que la LTP ofrece una ordenación unitaria del régimen jurídico a que se someten las concesiones que regula, y dado el carácter especial de esta ley frente a la normativa general de contratos, ha de con-

4 cluirse que la regulación establecida en la LTP es aplicable con preferencia a la regulación general de las concesiones para la gestión indirecta de servicios públicos contenida en la LCAP.

IV. En este sentido, procede destacar que la preferencia de la normativa reguladora de las concesiones de servicios sobre la normativa contractual ha sido apreciada por el Tribunal Supremo en relación con la gestión indirecta de servicios locales mediante concesión, siendo expresiva a este respecto la STS de 13 noviembre 1980, R. (4492), al indicar que:

«no ofrece duda que la empresa recurrente presta al municipio de Santa Coloma de Gramanet un servicio de los típicamente establecidos como obligatorios por el artículo 102.f) de la Ley Régimen Local, para cuya organización tiene competencia aquel (arts. 156, 160 de la misma y 113, 114 del Reglamento de Servicios), así como para prestarlos mediante concesión; y siendo un contrato específico el de concesión de servicios públicos, en él despliega sus efectos aquella potestad de la Administración, también específica en cuanto otorga al concesionario facultades originarias derivadas de la competencia municipal sobre el servicio; y aunque se rige naturalmente por las cláusulas del contrato concesional (arts. 115 y 116 de dicho Reglamento), tiene a su vez regulación propia en las normas generales que tanto se refiere a peculiaridades del contrato en sí (art. 115) o del procedimiento contractual (arts. 116, 117 y siguientes) como al contenido concesional y su desarrollo (arts. 115, 126, 128 y siguientes) peculiaridades especialmente importantes en el ordenamiento local y que determinan su aplicación preferente sobre las generales del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de una parte (art. 116.1 citado), y, de otra, sobre la normativa de los contratos del Estado, donde el de concesión de servicios públicos tiene escasos preceptos propios.»

En consecuencia, la regulación por el artículo 17 LTP de unas causas específicas de extinción de las concesiones a que esta ley se refiere ha de entenderse de aplicación preferente y, por ello, excluyente de las restantes causas de extinción contempladas en la LCAP para el contrato de gestión de servicios públicos (art. 167) o para todos los contratos administrativos en particular [art. 111, con excepción de las letras *e*) y *f*)], Entre ellas el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista [art. 111.c)], por lo que procede confirmar el criterio de la Abogacía del Estado del Ministerio de Ciencia y Tecnología en cuanto entiende procedente la inadmisión de la solicitud de resolución por mutuo acuerdo de la concesión de que es titular QTV formulada por esta entidad.

La exclusión de la resolución por mutuo acuerdo como posible causa de extinción de las concesiones del tipo a que se refiere la consulta aparece, por otro lado, justificada por el carácter marcadamente finalista de este tipo de concesiones, frente al voluntarismo propio de los contratos, regidos por el principio de autonomía de la voluntad. Así lo subrayaba

el Tribunal Supremo en STS de 16 de marzo de 1981 (R.1277), al expresar que: **4**

«la contratación administrativa, aun partiendo de conceptos acuñados por el Derecho Civil, ha llegado a adquirir su propia sustantividad, surgiendo dentro de ella notas y características singulares; en este sentido, y por lo que se refiere a las concesiones de servicios (en este caso servicio de Mercado), el contrato que la origina no puede sustraerse a la idea de comunidad y de interés común, que, siendo excepción en el Derecho privado, pasa a ser la regla en el administrativo, en el que, a través de la idea concesional, el concesionario viene a desempeñar el papel de colaborador de la Administración; colaboración en una misma empresa, en la que lo primordial es el mantenimiento del servicio público en las mejores condiciones posibles dentro de una relación contractual de tracto sucesivo, de larga duración, lo que determina que, en cualquier problema que surja, la interpretación finalista ha de prevalecer sobre la interpretación voluntarista al modo del Derecho Civil.»

También el Tribunal Constitucional recoge esta doctrina en la citada STC 127/94, señalando que:

«la técnica concesional para la gestión indirecta por sociedades anónimas en que la declaración de servicio público se traduce (arts. 2, 3, 4.1, 6 y 7 de la Ley) es una variante de autorización previa que no viene vedada ni por la Constitución ni por el Convenio Europeo. Como dijimos en la STC 108/1993 (fundamento jurídico 3.º), en un caso referido al otorgamiento de concesiones de emisoras de radiodifusión en modulación de frecuencia, la concesión es el acto administrativo que permite el acceso de una persona física o jurídica a la gestión indirecta del servicio público y por el cual el concesionario se obliga a prestar un resultado, satisfaciendo unos determinados requisitos y condiciones técnicas; de manera que se establece a partir de ella una peculiar relación de colaboración entre la Administración concedente y el concesionario en el ámbito de la gestión del servicio.»

De hecho, la consideración al fin público perseguido con este tipo de concesiones permite dudar de la calificación de las mismas como contrato administrativo, siendo más cercana su naturaleza jurídica a la de las autorizaciones administrativas a que alude el Tribunal Constitucional.

Pero sin entrar en esta cuestión, que enlaza con una larga controversia doctrinal y jurisprudencial, y admitiendo la naturaleza contractual de la relación jurídica establecida entre el concesionario y la Administración titular del servicio (siquiera sea por la remisión expresa a la LCAP que hace la base 3 del pliego, como ya apuntamos antes), lo cierto es que quizá la calificación jurídica que más convenga a esta concesión no sea la del contrato administrativo típico de gestión de servicios, como pone de relieve el informe de la Abogacía del Estado en el Ministerio de Ciencia y Tecnología, sino la de un contrato de los que el artículo 5.2.b) LCAP califica como «de naturaleza administrativa especial, por resultar vinculados

- 4 al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley».

Y respecto de estos contratos, la LCAP sí dispone expresamente el carácter preferente de sus propias normas frente a las de la propia LCAP (art. 7.1 LCAP), estableciendo específicamente el artículo 8.2 LCAP que «En el pliego de cláusulas administrativas particulares se hará constar: [...] d) Las causas específicas de resolución que se establezcan expresamente».

De acuerdo con este precepto, la previsión de causas específicas de extinción de la concesión a que se refiere la consulta contenida en la base 33 del pliego de bases y prescripciones técnicas que rige tal concesión, por la remisión que el mismo efectúa al artículo 17 LTP, supone la aplicación preferente de estas causas frente a las contempladas en los artículos 111 y 167 LCAP, y conlleva por tanto la inadmisibilidad de la solicitud de resolución por mutuo acuerdo formulada por la entidad concesionaria.

A la vista de las consideraciones expuestas, puede formularse la siguiente

CONCLUSIÓN

La regulación por el artículo 17 LTP de unas causas específicas de extinción de las concesiones a que esta ley se refiere ha de entenderse de aplicación preferente, y por ello excluyente de las restantes causas de extinción contempladas en la LCAP para el contrato de gestión de servicios públicos (art. 167), o para todos los contratos administrativos en particular [art. 111, con excepción de las letras *e*) y *f*)], entre ellas el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista [art. 111.c)], por lo que procede confirmar el criterio de la Abogacía del Estado del Ministerio de Ciencia y Tecnología en cuanto entiende procedente la inadmisión de la solicitud de resolución por mutuo acuerdo de la concesión de que es titular QTV formulada por esta entidad.