

Informe 4/09, de 25 de septiembre de 2009. «Otorgamiento de una concesión de servicio público para la explotación de un aparcamiento público con la obligación por parte del concesionario de aportar el terreno sobre el cual debe construirse».

Clasificación de los informes: 22.9.Contratos de gestión de servicios públicos. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

Por la Alcaldesa Presidenta del Ayuntamiento de Marbella se formula la siguiente consulta:

«Este Ayuntamiento está interesado en el desarrollo de aparcamientos subterráneos o parkings en la ciudad a fin de facilitar la ordenación del tráfico de vehículos y personas en la vía urbana, competencia de esta entidad de conformidad con lo dispuesto en el art. 25.2, letra a), de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril.

Dichas actuaciones pueden realizarse privadamente, sin intervención pública, en terrenos privados en los que el planeamiento de la ciudad lo permita; pueden igualmente realizarse en terrenos públicos, bien directamente por el propio Ayuntamiento o mediante concesión administrativa y, supuesto que es objeto de consulta, mediante licitación de concesión administrativa del servicio de aparcamiento en el que el licitador tiene por obligación aportar el terreno.

Es decir, se trataría de licitar la concesión administrativa del servicio de aparcamiento subterráneo o parking público, en el que el licitador ofrecería el terreno, apto para dicho fin, y la construcción del parking, quedándose la explotación.

La ventaja que obtendría el adjudicatario es la posibilidad de construir y explotar un parking en un terreno bajo régimen público.

Las ventajas que obtendría el Ayuntamiento son la obtención de un servicio a los vecinos, sin coste económico para el mismo, escriturar a su favor el terreno desde el comienzo del contrato y recibir el parking una vez finalizada la explotación.

La explotación sería como máximo por cincuenta años, art. 254, letra A), de la Ley de Contratos del Sector Público o cuarenta si se trata de contrato de construcción y explotación de obra pública, art. 244.

Nos parece que la licitación pública con ese contenido es beneficiosa para el municipio pero nos interesa consultarles para conocer su acreditada opinión al respecto».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta formulada por el Ayuntamiento de Marbella se refiere exclusivamente a si es posible el otorgamiento de una concesión de servicio público para la explotación de un aparcamiento público con la obligación por parte del concesionario de aportar el terreno sobre el cual debe construirse.

La cuestión planteada no se contempla en la Ley de Contratos del Sector Público ni en la legislación de régimen local. Sin embargo, nada impide que al mismo tiempo que el concesionario realiza obras para el establecimiento del servicio aporte los terrenos sobre los cuales deben construirse éstas.

Sin embargo, para dar una respuesta adecuada a la consulta es preciso determinar previamente si estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos o ante una concesión de obras públicas. En tal sentido hay que indicar que el artículo 7.1 de la Ley de Contratos del Sector Público dice que la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de alguna obra pública (tal como las define el artículo 6 de la misma Ley), *“incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio”.*

La concesión de obras públicas es, por tanto, una figura jurídica en que la contraprestación por la construcción de la obra consiste, no en el pago de un precio, sino básicamente en la explotación de la obra concedida. En tal sentido, es preciso reconocer que las concesiones para la construcción y explotación de aparcamientos públicos, pueden y deben calificarse como concesiones de obras públicas más que como concesiones de servicios, habida cuenta de que el

contrato, por regla general, contempla la construcción de la obra por el propio concesionario de su explotación.

2. Dicho lo anterior, la principal consideración que cabe hacer con respecto a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Marbella es la relativa a si la inclusión de la obligación del concesionario de aportar también el inmueble sobre el que debe construirse el aparcamiento público puede admitirse o no a la luz de la legislación en vigor sobre la materia y, si de admitirse, ello supondría alteración de la naturaleza jurídica de la concesión.

En principio, como se ha dicho anteriormente nada impide que se imponga también esta obligación. Las normas contractuales, en particular la Ley de Contratos del Sector Público no contiene precepto alguno que lo impida. En particular el artículo 25 en su apartado 1 dispone que *“en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”*, de lo que cabe deducir que si no hay prohibición en otras normas que lo impidan la posibilidad que contemplamos es perfectamente lícita.

A mayor abundamiento de esta afirmación, el apartado segundo del artículo mencionado establece que *“sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante”*. Requisitos que sin necesidad de un análisis exhaustivo puede considerarse que concurren en el caso que se examina. La única limitación que se añade a las indicadas en este precepto para el caso de que se fusionen normas de un contrato administrativo y de un contrato patrimonial, como podría ser el caso, son las contenidas en el artículo 4.1m letra p) de la Ley, de conformidad con el cual deberán respetarse las normas reguladoras de la preparación y adjudicación de los contratos si el valor estimado de las prestaciones propias del contrato administrativo es superior al 50 por 100 del importe total del negocio.

Por su parte, las normas patrimoniales con carácter general admiten también que las Administraciones Públicas adquieran bienes de los particulares por cualquier título jurídico. Baste citar el artículo 15 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas en relación con el artículo 115 de la misma a cuyo tenor *“para la adquisición de bienes o derechos la Administración podrá concluir cualesquiera contratos, típicos o atípicos”*.

En parecidos términos se pronuncia la Ley del Parlamento Andaluz 7/1999, de 29 de septiembre, de Bienes de las entidades locales de Andalucía, cuyos artículos 8 y 9 prevén la posibilidad de adquisición de bienes por las Entidades Locales a través de cualquier título jurídico.

Por tanto, no hay objeción legal que impida la adquisición de un bien como consecuencia de la ejecución de obras por el adjudicatario de una concesión de obras públicas.

3. La afirmación anterior, sin embargo, no puede admitirse sin ningún tipo de matización. En efecto, el hecho de que la concesión de obras incluya la aportación por el concesionario del inmueble sobre el que ha de construirse la obra pública, no puede constituir un obstáculo a los principios de libertad de acceso a la licitación de todos los interesados y de no discriminación entre ellos que expresamente proclaman el artículo 1 de la Ley, y de modo muy especial el 123 de la misma a cuyo tenor *“los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”*.

Como consecuencia, si la obra debe construirse sobre un solar previamente elegido por el Ayuntamiento, es imprescindible que la propiedad pueda ser adquirida por todos los licitadores en igualdad de condiciones, pues en caso contrario, se infringiría lo dispuesto en el precepto que acabamos de transcribir. Aún más, en el caso de que el solar ya perteneciera a alguno de los posibles licitadores, el Ayuntamiento deberá adquirirlo previamente para permitir que todos los interesados en la concesión participen en igualdad de condiciones en la licitación.

De no poder ser así, deberá diseñarse la contratación de forma que no pueda derivarse de las condiciones de los pliegos la existencia de ninguna cláusula que pueda suponer discriminación entre los diferentes licitadores.

En cualquier caso, de ninguna forma sería admisible la adjudicación de la concesión al propietario de los terrenos sin celebrar una licitación en los términos de igualdad y no discriminación que hemos señalado.

CONCLUSIONES

1. Es admisible la posibilidad de licitar la adjudicación de una concesión de obras imponiendo al adjudicatario la obligación de aportar el inmueble sobre el que debe construirse la obra.

2. La licitación en este caso debe desarrollarse en forma que todos los licitadores puedan acceder por igual a la adquisición del inmueble o configurarse jurídicamente las cláusulas administrativas particulares y las prescripciones técnicas de modo que se garantice la no discriminación entre ellos.