

**INFORME 9/2004, DE FECHA 27 DE SEPTIEMBRE. OBRAS DE APARCAMIENTO SUBTERRÁNEO Y POSTERIOR EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO.**

**ANTECEDENTES**

Con fecha 8 de junio de 2004 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de Informe por el Ayuntamiento de Alcoy con el siguiente tenor literal:

*“El Ayuntamiento de Alcoy sufre graves problemas de tráfico que se acentúan de modo especial en una zona del casco urbano, pretendiendo para solucionarlos en la medida de lo posible llevar a cabo la contratación mediante concurso por procedimiento abierto de la ‘Concesión de obra de construcción de un aparcamiento subterráneo y su plaza superior en una determinada calle de Alcoy y posterior gestión del servicio’, para lo cual se cuenta con un borrador de pliego de cláusulas técnicas, jurídicas y económico-administrativas, en cuyo artículo 2 se establece:*

*‘2.-REGULACIÓN JURÍDICA.*

*El contrato derivado de la adjudicación objeto del presente pliego constituye un contrato de concesión de obra pública que supondrá la ejecución de la obra de aparcamiento subterráneo y posterior gestión del servicio, rigiéndose por los artículos 130 a 134 y 159 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.’*

*Por su parte, el artículo 25.2.b de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, señala como una de las competencias del municipio la ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas.*

*En atención a ello, esta Alcaldía*

*SOLICITA Informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, en relación a las siguientes*

**CUESTIONES**

*1.- ¿Es de aplicación a la contratación que se pretende realizar el régimen jurídico previsto en el pliego de cláusulas, y en concreto en los artículos 130 a 134 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, modificados por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, referentes a la financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público; en el 159 y siguientes de la citada Ley de Contratos, referentes a los procedimientos y formas de adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos, y en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales?.*

*2.- En caso contrario, ¿sería de aplicación las normas del Título V de la Ley 13/2003, de 13 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, contenidas en el artículo 220 y siguientes, y las actuaciones previas contempladas en el artículo 227 y siguientes?.*

3.- *En caso de tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos, ¿le sería de aplicación los artículos 227 y siguientes del nuevo Título V de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, introducido por la Ley 13/2003, por remisión del artículo 158.2 de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas?.*

### CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las cuestiones que plantea el Ayuntamiento consultante refleja una situación que viene haciéndose patente tras la promulgación de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, en relación con las entidades que forman parte de la Administración Local, puesto que éstas disponen de una normativa específica- el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 y vigente en cuanto no se oponga al Real Decreto 1098/2001, que aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y que, comprende asimismo, la concesión de obra para su explotación.

Para responder a la consulta planteada por el Ayuntamiento de Alcoy, en primer término, nos referiremos a la aplicación al caso concreto de los art. 130 a 134 en su nueva redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora de la concesión de obras públicas.

Esta Ley, cuyo principal origen es la financiación privada de las obras públicas con la consiguiente contrapartida para el concesionario de la explotación de la obra, fija como requisito que éstas estén afectas a servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades económicas de interés general. En caso contrario, la Ley 13/2003, mediante la nueva redacción de los art. 130 a 134, ha permitido igualmente la entrada al sector privado, pero en este caso la contraprestación se realiza mediante la concesión demanial sobre zonas o áreas de influencia. Pensemos, como ejemplo, en carreteras que no son objeto de peaje. En el caso expuesto, es claro que un aparcamiento subterráneo constituye un servicio público susceptible de explotación económica y por tanto no entraría dentro del supuesto a que hacen referencia los art. 130 a 134.

En segundo lugar el Ayuntamiento consultante plantea si estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos o ante un contrato de concesión de obra pública.

En términos generales hemos de afirmar que nos encontramos ante un contrato mixto de gestión de servicios públicos y obra. Lo que no desvirtúa la conceptualización de la actual Ley 13/2003, como ha puesto de manifiesto esta Junta Superior en Informe 3/2004, " Así, de una parte, no debemos olvidar que en ambos casos estamos ante contratos mixtos que participan del contrato de obras y del contrato de gestión de servicios públicos, si bien la Ley 13/2003, de 23 de mayo, como luego se indicará, ha incluido dentro del concepto de contrato de concesión de obra pública la simple explotación de una obra existente, lo cual no deja de sorprender."

Por su parte la Directiva 93/37/CEE DEL Consejo de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras define la *concesión de obras públicas* como el contrato que presente los caracteres contemplados en la letra a)- obras-, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la

obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio. Sabido es que, las Directivas comunitarias vigentes sobre contratación pública, no contemplan los contratos de gestión de servicio público. Por tanto, de un lado la regulación de este tipo de contratos es propiamente derecho interno, y de otro, la naturaleza mixta de estos contratos deriva de nuestra propia legislación, concretamente del art. 6 del TRLCAP que define este tipo de contratos mixtos.

En el referido Informe 3/2004, de 11 de marzo, esta Junta ya indicaba que, pese a esta exclusividad de regulación interna del contrato de gestión de servicios públicos, la necesaria transposición de la directiva 93/37 de obras, hizo que el art. 130 de la legislación de contratos de las Administraciones públicas, con anterioridad a su modificación por la Ley concesional, remitiera a los efectos de publicidad comunitaria los contratos de servicios públicos con obras cuando su presupuesto de licitación fuere igual o superior a los umbrales comunitarios. A esta remisión es a la que hace referencia el art. 158.2, cuando alude al contrato de concesión de obra pública. Con ello damos contestación a otra de las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento de Alcoy.

Retomando el hilo de la exposición, el carácter accesorio o principal las obras a realizar para el cumplimiento del servicio público, en el presente caso, el servicio público es la prestación de zonas de aparcamiento. La legislación local establece como de competencia municipal la regulación del tráfico, siendo abundante la Jurisprudencia que califica inmersa en esta competencia la dotación de aparcamientos. Es evidente que, sin obra previamente ejecutada, dicho servicio tal y como pretende prestar el Ayuntamiento consultante, no podría llevarse a cabo. Por tanto en este caso la condición de accesoria de la obra decaería frente a la necesaria construcción de la misma. Por tanto podemos encontrar ante un contrato de concesión de obra pública del art. 220 y siguientes.

Ahora bien, la cuestión, no obstante, como ya se ha apuntado, para las entidades que forman parte de la Administración local es susceptible de reconducirse, asimismo, por su regulación específica, contenida en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de fecha 17 de junio de 1955, y vigente en cuanto no se oponga al Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas-- que contempla la construcción de obra y subsiguiente explotación, manteniendo igualmente la calificación de contrato mixto y la denominación de concesión. Así el art. 114.1. dispone: *"Los servicios de competencia de las Entidades locales podrán prestarse mediante concesión administrativa, salvo en los casos en que esté ordenada la gestión directa... 2. La concesión podrá comprender: a) La construcción de una obra o instalación y la subsiguiente gestión del servicio a que estuvieren afectas.."*

En el supuesto que nos encontramos, la contratación que pretende la entidad consultante puede regirse por la citada norma, sin menoscabo de la aplicación de la regulación que del contrato de gestión de servicios públicos hacen el TRLCAP y el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las modificaciones introducidas por la Ley 13/2003 a los art. 156 y 157, así como los requisitos de publicidad comunitaria, en su caso.

La concesión del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, supone que la financiación de las obras será pública. No obstante, hay que señalar que, siempre que el pliego de cláusulas administrativas que rigen la concesión así lo establezca, tal y como indica la Junta

Consultiva de la Administración General del Estado, en su informe 4/03, de 23 de julio, cabe la posibilidad de realizar obras con cargo al canon concesional. La aplicación de la Ley de concesión de obras públicas, persigue la financiación privada de la obra, en la cual el concesionario asume la construcción de la obra, a su total riesgo y ventura.

En esta línea, indicar al Ayuntamiento consultante, que el art. 227 rige la concesión según la Ley 13/2003, pero sin olvidar que el TRLCAP obliga a acompañar todas aquellas actuaciones técnicas, jurídicas, administrativas y económicas que establece el art. 158. La remisión al contrato de concesión de obra pública, en el último inciso del art. 158, como ya ha sido puesta de manifiesto por esta Junta Superior en su citado informe 3/2004, de 11 de marzo, hace referencia a los requisitos de publicidad comunitaria de las obras cuando su presupuesto de licitación sea igual o superior a los umbrales establecidos en la actualidad por la Orden HAC/429/2004, de 13 de febrero, por la que se hacen públicos los límites de los distintos tipos de contratos a efectos de la contratación administrativa a partir de 1 de enero de 2004 (BOE de 25 de febrero de 2004).

Esta Junta incide en este aspecto, habida cuenta de la abundante jurisprudencia que declara nulos de pleno derecho aquellos contratos en los que no se acompaña el anteproyecto de explotación incluido el estudio de viabilidad económica, y que de forma sistemática viene exigiéndose al licitador así como el proyecto técnico correspondiente.

En este sentido, el art. 183 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, obliga al órgano de contratación a establecer las acciones de ejecución y las variables sobre las que tiene que versar (población, economía, industria, etc.), de manera que le permita poder comparar las ofertas. Viene siendo práctica habitual que sean las empresas licitadoras las requeridas para presentar los estudios de ejecución o prestación del servicio. Esa práctica es la que trata de evitar el citado art. 183 imponiendo al órgano de contratación esta obligación. A mayor abundamiento el art. 158 del TRLCAP resalta esta cuestión.

## CONCLUSIONES

1.- No es de aplicación al presente supuesto lo dispuesto en los art. 130 a 134 del TRLCAP, modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora de la concesión de obras públicas, al tratarse de una obra afecta a un servicio público susceptible de explotación económica.

2.- Comprendiendo el objeto de la contratación la realización de obras afectas a un servicio público de naturaleza económica y siendo éstas de naturaleza principal para la ejecución del servicio público, entra dentro de los supuestos de Ley reguladora de las concesiones de obras públicas. En este caso, serán de aplicación todas las actuaciones preparatorias previstas en la misma, en especial su art. 227. No obstante, en la esfera local, el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales constituye normativa específica en el ámbito de las concesiones de obras y explotación del servicio a que estuvieran afectas, si bien la contratación deberá regirse en todo punto por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, debiendo contener todas aquellas actuaciones preparatorias que marca la citada norma, incluida la publicidad comunitaria de las

obras, en su caso. La financiación de las obras y la contraprestación al concesionario determinará, en su caso, la posible elección por el Ayuntamiento consultante de la regulación del contrato.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

Vº B

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps Devcsa

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE  
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en  
fecha 27 de septiembre de 2004.