



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de..., mediante escrito de fecha 25 de julio registrado de entrada en Diputación el día 30 del mismo mes, solicita de este Departamento de Asistencia a Municipios la emisión de un Informe sobre diversas cuestiones suscitadas a raíz de la adquisición por al Ayuntamiento de una serie de parcelas y edificaciones que integradas en el ámbito territorial de un determinado Plan Parcial fueron cedidas a éste de forma gratuita, mediante escritura pública, en ejecución del convenio urbanístico suscrito al efecto, e inscritas en el correspondiente Registro de la Propiedad.

A modo de antecedentes, la primera autoridad municipal nos informa que, si bien antes de la cesión de las referidas parcelas éstas tenían la calificación de suelo dotacional de naturaleza privada, tras la cesión y consiguiente titularidad municipal adquirida a raíz de ella, entiende el Ayuntamiento que las mismas habrían pasado a tener la calificación de suelo dotacional público y, por tanto, carácter de bienes de dominio público, a tenor de lo dispuesto en la Disposición Preliminar nº 12 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación Territorial y de la Actividad Urbanística (TRLOTAU, en adelante), aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo.

En dicho contexto, tras referirnos las condiciones urbanísticas relativas al uso de las parcelas, establecidas en una de las Ordenanzas que integran el Plan Parcial, así como la ocupación de las mismas por dos piscinas y un edificio, entre cuyas dependencias cabe destacar la existencia de un restaurante en su planta baja y de un club social en su planta primera, y deseando ahora el Ayuntamiento licitar y otorgar una concesión que, además de la ejecución de obras de reforma integral de los locales destinados a restaurante y club social, y tras la subsiguiente concesión de la explotación y mantenimiento del recinto, permita al concesionario la prestación posterior mediante tarifa de un servicio de carácter privado destinado a un público, cuya naturaleza genérica o restringida no se concreta, el Ayuntamiento nos plantea las siguientes cuestiones:



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



1ª Si el procedimiento de adjudicación de la pretendida concesión podría llevarse a cabo mediante una *concesión demanial* del uso privativo de un bien de dominio público, en los términos y condiciones establecidos en los artículos 80 y siguientes del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL, en adelante), aprobado mediante Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio.

2ª Si, en el caso de que el procedimiento anterior no pudiera aplicarse, sería posible tramitar la referida concesión como una *concesión de obra pública*, según la regulación establecida al efecto en los artículos 240 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en adelante), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Pues bien, a la vista de las cuestiones planteadas y teniendo en cuenta los antecedentes reseñados, una vez consultada la legislación que consideramos de aplicación al caso, que en su momento se citará, se procede a emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO

Los hechos, en síntesis, son los siguientes: el Ayuntamiento, tras la firma del correspondiente convenio urbanístico, recibe una serie de parcelas cuya superficie en el momento de la cesión se encontrarían ocupadas por una determinada instalación compuesta de un edificio de varias plantas y dos piscinas, estando el conjunto calificado inicialmente por el planeamiento como suelo dotacional privado; considerando el Ayuntamiento, no obstante, que, en virtud precisamente de dicha cesión y de acuerdo con lo dispuesto en las Disposiciones Preliminares números 11 y 12 del TRLOTAU, dedicadas a los sistemas generales y locales de dotación, dichas parcelas y las instalaciones en ellas existentes habrían adquirido la condición de bienes de dominio público desde el mismo momento en que, sin abandonar su carácter dotacional inicial, pasaron a formar parte del patrimonio municipal.

Pues bien, con independencia de la concreta calificación urbanística como *suelo dotacional privado* que las parcelas seguirán ostentando hasta la modificación puntual



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



del Plan Parcial que regula la ordenación detallada del ámbito en el que se encuentran comprendidas, desde la perspectiva de la normativa patrimonial es evidente que sus instalaciones, tras la conversión de las referidas parcelas en bienes de dominio público en virtud de lo establecido en los preceptos legales citados, solo podrán ser destinadas al uso o servicio público, conforme a lo dispuesto en la referida normativa patrimonial constituida, básicamente, por el citado RBEL y por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP, en adelante) –aplicable directamente a las Entidades locales, de acuerdo con lo dispuesto en su Disposición Final Segunda–. Debiendo entenderse, por otra parte, implícitamente derogada la remisión que el citado RBEL hace a la normativa contractual, según lo dispuesto en el artículo 4.1, letra o), del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF, en adelante), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, a tenor del cual quedan excluidas expresamente de su ámbito de aplicación, *"las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público..., que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley"*. No obstante, y según el apartado 2 del citado precepto legal, sí resultarán de aplicación los principios generales de dicha normativa contractual para resolver las dudas y lagunas que en la aplicación de sus normas especiales pudieran presentarse.

Dicho lo anterior y antes de pasar a responder las concretas cuestiones planteadas por el Ayuntamiento, cuya respuesta no será desde luego fácil, sobre todo, dada la escasa información que nos ha sido proporcionada respecto de la posible existencia, en el momento de la entrega de las instalaciones objeto de cesión, de relaciones jurídicas, derechos u obligaciones entre los propietarios anteriores de las mismas y los miembros o usuarios del club social y de las piscinas, así como por la propia naturaleza compleja de las diversas figuras jurídicas que podrían entrar en juego, conviene recordar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 del RBEL, que si bien la adquisición de bienes a título gratuito por las Entidades locales –como parece que ocurre en el presente caso, pese a haberse obtenido las citadas parcelas dotacionales al



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



margen del cumplimiento de las cesiones urbanísticas gratuitas de tales parcelas exigidas por la Ley– no estaría sujeta en principio a restricción alguna, si la adquisición llevare aneja alguna condición o modalidad onerosa a cargo del Ayuntamiento, además del cumplimiento de lo dispuesto en el citado artículo 12, en su apartado 2, antes de iniciar cualquier actuación en el sentido pretendido ahora por el Ayuntamiento, debería éste resolver aquellos compromisos que hubiera podido adquirir previamente en virtud de la indicada cesión.

SEGUNDO

El Ayuntamiento, después de anunciarnos su pretensión de someter a licitación y otorgar la concesión para la ejecución de las obras de reforma integral de los locales destinados a restaurante y club social, junto con la posterior explotación y mantenimiento del conjunto de las instalaciones recibidas, en régimen de prestación de servicios de carácter privado destinados al público tarifables –de que habla el artículo 80 del RBEL–, nos pregunta si el procedimiento para la adjudicación de la referida concesión debe ser el previsto en el RBEL para la *concesión demanial* del uso privativo del dominio público o, por el contrario, deberían aplicarse los trámites previstos en el TRLCSP para la *concesión de obra pública*.

Pues bien, antes de responder a las citadas cuestiones, conviene recordar, en primer lugar, que la figura de la concesión demanial se encuentra regulada hoy en los artículos 93 y siguientes de la LPAP, aplicables directamente a las Entidades locales en su mayor parte, en virtud precisamente del carácter de legislación general o básica otorgada a dichos preceptos por su Disposición Final Segunda. En segundo lugar, además de distinguir cuándo puede utilizarse la figura de una concesión demanial y cuándo la de una concesión de obra pública, objeto central de la cuestión planteada por el Ayuntamiento, es oportuno también hacer algún tipo de comentario que nos ayude a distinguir éstas de otras figuras afines o parecidas, como pueden ser los contratos de servicios o de gestión de servicios públicos otorgados mediante concesión.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



A este respecto, el Informe 49/2009 publicado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa con fecha 26 de febrero de 2010, tras rechazar sus propias tesis anteriores sobre la aplicación del régimen de los contratos administrativos especiales, mantenida con anterioridad a la actual legislación de contratos del sector público, en la que éstos han pasado a tener un carácter residual, se inclina por considerar como una concesión de servicios, en lugar de una concesión de obras, un contrato cuyo objeto es la construcción dentro de un bien de dominio público de las instalaciones precisas para explotar un servicio de hostelería. No es tarea fácil, dice el citado órgano consultivo, establecer los límites entre una y otra figura, pues, *"(...) la realidad viene a establecer un terreno de confusión entre ambas figuras por cuanto en la concesión de obras públicas se estipula como retribución del concesionario la explotación de la obra misma, y en la concesión de servicios públicos se prevé que el concesionario esté obligado a ejecutar ciertas obras previas para la instalación del servicio"*.

Así pues, para llegar a conocer con un cierto grado de seguridad cuándo podemos estar ante una u otra figura jurídica, deberemos preguntarnos siempre cuál es el objeto principal de la concesión, si la construcción de la obra o la explotación del servicio, recordando que, a veces, la explotación de un servicio requiera de la previa ejecución de ciertas obras de instalación, que, no obstante, tienen un carácter accesorio y una entidad económica menor respecto de la explotación del servicio. Argumento que, en el caso objeto de informe, le lleva a la Junta a afirmar que *"(...) estamos ante una concesión de servicios pues la prestación del servicio de restauración constituye el objeto fundamental del contrato, siendo meramente accesorio el hecho de que deba acondicionarse el recinto para la prestación del mismo"*. Ésa es también la tesis mantenida por la citada Junta Consultiva en el Informe 32/10, de 24 de noviembre de 2010, relativo a la calificación de un contrato cuyo objeto es la cesión a un particular de las instalaciones construidas sobre terrenos de dominio público con objeto de que proceda a la explotación de una serie de servicios destinados al público.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



En esta misma línea de esclarecimiento y separación entre figuras afines o muy similares, es oportuno recordar también que el elemento de distinción entre un contrato de servicios y otro de concesión de servicios, vendrá dado por el planteamiento que se haga en el proceso licitatorio sobre el traspaso o no del riesgo de la demanda por la explotación del servicio al adjudicatario, fijando como modalidad de retribución, al mismo tiempo, el derecho de éste a explotar su propia prestación, y su reflejo en el contenido de los respectivos pliegos de condiciones.

TERCERO

Entrando ya en el fondo de la cuestión planteada por el Ayuntamiento, consideramos de aplicación al caso el procedimiento de la *concesión demanial* frente al de la *concesión de obra pública*, en primer lugar, por las mismas razones de la relativa importancia del objeto de la concesión esgrimidas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los informes citados, al distinguir entre concesión de obras y de servicios. En segundo lugar, porque es indudable que la utilización de la figura de la *concesión demanial* sobre bienes de dominio público es más sencilla y menos gravosa para el Ayuntamiento, pues, mientras a través de ésta la vinculación de éste con la actividad de que se trate se limitaría a establecer un control genérico del cumplimiento de las obligaciones que se impongan al concesionario, iniciar un expediente de concesión de obra pública supondría la realización de toda una serie de actos previos preparatorios de la posterior adjudicación, así como la obligación posterior del Ayuntamiento de restablecer el equilibrio económico del contrato.

Por otra parte, y de acuerdo con la información proporcionada por el Ayuntamiento, así como la pretensión manifestada por éste en el sentido de otorgar la concesión para que "*se presten servicios de carácter privado destinados al público tarifables*", mediante el uso privativo de unos bienes que tras su cesión al Ayuntamiento han adquirido la condición de dominio público, nos llevan a concluir que la mejor manera de explotar y mantener el recinto es utilizando la figura de la concesión demanial, que, como ya hemos dicho, se rige preferentemente por el conjunto de la



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000



legislación patrimonial, constituida en este momento por la LPAP y, en lo no derogado por aquélla, por el RBEL.

Es cuanto me corresponde informar al respecto, advirtiendo expresamente a los destinatarios del presente Informe que las opiniones vertidas en el mismo se someten a cualesquiera otras mejor fundadas en derecho, ya que no pretenden en modo alguno sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente deban emitirse para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, 19 de agosto de 2013