



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de... solicita, mediante escrito de fecha 14 de Febrero pasado, y registro de entrada en Diputación el 15 del mismo mes, se emita Informe jurídico por parte de este Departamento, en relación con las alegaciones presentadas *“contra el Pliego de Cláusulas Económico Administrativas y de Prescripciones Técnicas, que han de regir el concurso para redacción del Proyecto Básico y Ejecución, así como, la construcción, dirección facultativa, coordinación en materia de seguridad y salud, equipamiento y explotación del servicio de gestión integral de un Centro Residencial para personas mayores en..., en régimen de concesión”*.

Como quiera que con el escrito de petición de Informe no se acompañaba documentación alguna, con fecha 19 de febrero y registro de salida de Diputación el siguiente día 20, se requiere al Sr. Alcalde para que remita a este Departamento copia del Pliego de Condiciones y de las alegaciones presentadas contra éste, al objeto de poder emitir el referido Informe.

Una vez recibida, con fecha 28 de febrero pasado, la documentación requerida y analizado su contenido, lo primero que hemos de manifestar es que el alcance del Informe deberá ser necesariamente limitado, tanto por haberlo pedido así el Sr. Alcalde, cuyo escrito se limita a solicitar nuestra opinión en relación con las alegaciones presentadas contra el Pliego de Condiciones, como por razones prácticas, al no contar con el tiempo necesario para acometer un estudio en profundidad de los diversos documentos sometidos a nuestra consideración. No obstante, aun cuando no abordaremos en nuestro Informe el contenido de todos y cada uno de los documentos remitidos, ni haremos un examen exhaustivo de éstos, sí procuraremos resaltar algunos aspectos del conjunto de documentos objeto de estudio que nos parecen relevantes, dada la complejidad e importancia económica de la inversión que el Ayuntamiento se propone ejecutar.

Así pues, hecha la aclaración que antecede, una vez estudiada la legislación que consideramos de aplicación al caso, sin más preámbulos se procede a emitir el siguiente,

INFORME



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO

ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000



PRIMERO

El primero de los dos escritos de alegaciones presentados contra el Pliego, comete el error de considerar el contrato que se pretende adjudicar como un contrato administrativo de *“gestión de servicio público, en régimen de concesión administrativa”*, en lugar de considerarlo como lo que es, dado el objeto de aquél, un *contrato de concesión de obra pública*. No obstante, tras la lectura del contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares remitido, no nos sorprende en absoluto la confusión producida en el recurrente, por cuanto, a lo largo de su clausulado son frecuentes las remisiones a preceptos del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2002, de 16 de junio, referidos a diversos aspectos del *contrato de gestión de servicios públicos*, o que resultan poco claros en relación con el régimen jurídico del *contrato de concesión de obra pública*, que es la verdadera naturaleza jurídica del objeto del contrato.

Como ejemplos más llamativos de lo primero, cabe citar, la remisión que se hace en la cláusula 4.2 al artículo 158.2 del TRLCAP, relativo a las actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos, o la efectuada en la cláusula 10ª al artículo 159.1, sobre procedimiento y forma de adjudicación de tales contratos; si bien el dato más elocuente de la mencionada confusión, lo encontramos en la fijación de la duración del contrato en 50 años, recogido en la cláusula 3.1, letra d), del Pliego, y extraído del artículo 157 del TRLCAP, relativo a la duración de los contratos de gestión de servicios públicos, y que viene a suplantar lo dispuesto en el artículo 263 del TRLCAP respecto de la duración del contrato de concesión de obra pública, que éste último precepto fija en 40 años, como máximo, con carácter prorrogable. En la misma línea, la cláusula 9.1 del Pliego habla de que *“El contrato de gestión deberá especificar...”*; es decir, una vez más se induce a los posibles interesados a caer en la confusión de creer que estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos, en lugar de un contrato de concesión de obra pública, como realmente se deduce del contenido íntegro del Pliego.

Por lo que respecta a los extremos poco claros del Pliego, respecto del verdadero régimen jurídico del contrato de concesión de obra pública, cabe citar la alusión efectuada en su cláusula 3.1, letra b), párrafo segundo, al *“acta de recepción de las obras y del equipamiento”*, cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241.1 del



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

TRLCAP, lo correcto hubiera sido hacer mención del “acta de comprobación” y de los demás documentos a los que se refiere el indicado precepto, toda vez que, el “acta de recepción” formal sólo se levantará, de acuerdo con lo establecido en el citado precepto legal, al término de la concesión cuando se proceda a la entrega de los bienes e instalaciones que necesariamente deberán revertir al Ayuntamiento.

Por lo demás, también se deja entrever en el contenido del Pliego una cierta confusión con el *contrato de concesión del dominio público*, cuando en la cláusula 3.5 del Pliego se hace mención a una concesión de dominio público, al hablar de los efectos tras la finalización de la concesión. Error que se reitera en la cláusula 4.2 siguiente, al referirse a la ejecución de las obras y remitir a lo dispuesto en el artículo 133 del TRLCAP, integrado en la Sección 2ª, Capítulo I, Título I, Libro II, bajo la rúbrica de “*Financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público*”.

En definitiva, a pesar de que del conjunto del Pliego se puede deducir que lo que se pretende contratar es la ejecución de un *contrato de concesión de obra pública*, es decir, el otorgamiento a un particular, durante un plazo determinado, de la construcción y explotación posterior de un Centro Residencial para personas mayores, reconociendo al concesionario que finalmente resulte adjudicatario del concurso el derecho a percibir una retribución consistente, básicamente, en la explotación del servicio a establecer sobre la propia obra, lo cierto y verdad es que no estaría demás ajustar los términos del Pliego a las exigencias legales del aludido tipo de contrato introduciendo las correcciones precisas y añadiendo las referencias que, en su caso, pudieran haberse omitido.

SEGUNDO

Por otra parte, no nos consta que, con carácter previo, a la decisión municipal de construir y explotar la Residencia en régimen de concesión se haya acordado, conforme a lo dispuesto en el artículo 227.1 del TRLCAP, la realización del estudio de viabilidad de la misma. Es verdad que entre la documentación remitida aparece un documento titulado “*Proyecto de viabilidad centro social polivalente...*”, pero, ni consta que dicho documento haya sido aprobado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 228.1 siguiente del TRLCAP, ni éste guarda las formalidades mínimas al figurar en cada una de sus páginas y en un



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

segundo plano el término “Borrador”, lo que hace pensar en un mero documento de trabajo sin la formalidad solemne de su aprobación por el órgano administrativo competente.

No parece tampoco que se haya evacuado el trámite de Información pública del mencionado proyecto, de que habla el artículo 227.3 del TRLCAP que, al menos, deberá tener una duración de un mes. Siendo éste un trámite esencial del procedimiento, pese a que en el proyecto de viabilidad aportado se haga mención a que se ha optado por sustituir dicho documento por un “estudio económico-financiero”, como permite el apartado 6 siguiente del precepto citado, que, no obstante, no le exime del referido trámite de Información pública.

Tampoco se justifica en la documentación, en ningún momento, la ausencia de un anteproyecto – al menos – de las obras a ejecutar, en los términos referidos en el artículo 228.2 del TRLCAP, que, a través del preceptivo trámite de información pública por plazo de un mes, permita formular a los posibles interesados cuantas observaciones se consideren oportunas sobre la ubicación y características de las mismas; a no ser que se entienda como tal el documento aportado bajo el título de *“Pliego de Prescripciones Técnicas para la redacción del proyecto, construcción, equipamiento y dotación de centros residenciales para personas mayores”*, que, teniendo en cuenta el título descriptivo de su encabezamiento, difícilmente podría suplir al referido anteproyecto.

En cuanto a las garantías exigidas, si tenemos en cuenta que sólo en obra civil e instalaciones, según el estudio económico-financiero que sustituye al estudio de viabilidad, el coste de las obras supone más de 3.600.000 €, y que, según el artículo 232.2 del TRLCAP, por lo que a la garantía provisional se refiere, ésta no podrá ser inferior al 2% del presupuesto estimado de inversión, parece que en este punto se incumple también lo dispuesto en la norma, pues, en el Pliego de Condiciones, cláusula 12ª, se fija aquélla en sólo 18.000 €.

TERCERO

Hechas las consideraciones anteriores, nos vamos a centrar ahora en el análisis de las alegaciones al Pliego de Condiciones efectuadas por cada uno de los dos recurrentes, comenzando por aquél que formula las alegaciones más técnicas al citado Pliego de Condiciones.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

En primer lugar, debemos reiterar lo dicho en el punto primero del presente Informe sobre el error cometido, en nuestra opinión, por el recurrente al calificar el contrato que se pretende adjudicar como un contrato administrativo de *“gestión de servicio público, en régimen de concesión administrativa”*, en lugar de considerarlo como lo que es, un *contrato de concesión de obra pública*. Eso es lo que se deduce, al menos, tras la lectura de la cláusula 1ª del Pliego, dedicada al objeto del contrato, y que, entre otras actuaciones a cargo del adjudicatario, le atribuye la *“ejecución de las obras..., así como la gestión integral [del servicio resultante]..., en régimen de concesión”*. Actividad que puesta en relación con la definición del *contrato de concesión de obras públicas*, establecida por el artículo 220 del TRLCAP, permite asegurar que en el presente caso estaríamos en presencia de dicha modalidad de contrato; esto es, la construcción y posterior explotación de una obra pública, en régimen de concesión, asumiendo la iniciativa privada el protagonismo principal de la actuación y su financiación, bajo la tutela y control del Ayuntamiento, el cual reconoce, a su vez, como contraprestación del concesionario, el derecho de éste a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, durante todo el tiempo que dure la concesión.

A mayor abundamiento, cabe decir que, tras la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, y la incorporación efectuada por ésta de un nuevo Título al Libro II del TRLCAP, bajo el epígrafe *“Del contrato de concesión de obras públicas”*, no cabe ninguna duda de la existencia de una regulación específica para este tipo de contratos, que el legislador ha querido individualizar y distinguir de los clásicos contratos de obras y de gestión de servicios públicos, modificando para ello el contenido del artículo 5 del TRLCAP, al objeto de recoger entre los diversos contratos administrativos típicos, *“los contratos de concesión de obras públicas”*.

Esta nueva categoría de contrato administrativo típico, en forma de concesión de la ejecución de obras públicas y la consiguiente explotación del servicio establecido sobre ellas, aparecida, como decimos, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003, anteriormente citada, nos obliga a tener que diferenciarla de la simple y pura concesión de la gestión de servicios públicos – como nueva modalidad de contratación de éstos, tras la modificación efectuada por la misma norma en su artículo 156 del TRLCAP –, máxime teniendo en cuenta las imprecisiones señaladas en los puntos primero y segundo del presente Informe



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

respecto del texto del Pliego de Condiciones. En este sentido, cabe recordar que estaríamos en presencia de un *contrato de concesión de la gestión de un servicio público*, si el objeto del contrato estuviera referido a la pura y simple prestación del servicio de atención a los residentes y no residentes que hicieran uso del Centro Residencial que se va a construir; por el contrario, como quiera que la actuación objeto de contratación, tal y como aparece en el Pliego, además de a la gestión del servicio, se refiere también a la ejecución de las obras del indicado Centro Residencial, uniendo ambos destinos en un solo contrato, es evidente que nos encontramos en presencia de un *contrato de concesión de obra pública*, que, de acuerdo con la definición legal vista anteriormente, permite al adjudicatario de la misma su ejecución, a la vez que su posterior conservación y explotación del servicio público establecido sobre aquélla.

A la vista de cuanto queda dicho, y sin perjuicio de lo apuntado en los puntos primero y segundo del presente Informe, cabe desestimar las alegaciones efectuadas por el recurrente, por cuanto, partiendo de una calificación errónea del objeto de la licitación, sus alegaciones resultan también erróneas al estar referidas a la figura del contrato de gestión de servicios públicos, en lugar del contrato de concesión de obra pública, cuyo régimen jurídico, con carácter de legislación básica, aparece regulado en la Ley 13/2003, tantas veces citadas.

Precisamente, esta última norma no deroga expresamente el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, citado por la parte recurrente en apoyo de algunas de sus alegaciones, aun cuando muchos de sus preceptos han devenido inaplicables o sustituidos por la nueva regulación de la figura de la concesión efectuada por la mencionada Ley 13/2003. No es el caso, sin embargo, del artículo 122 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, que la parte recurrente considera derogado por lo dispuesto en el TRLCAP, mientras que la Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 2004, en su Fundamento de Derecho Tercero, dice textualmente lo siguiente: “...El que la Ley 13/1995 no contenga régimen alguno relativo a la publicidad de los pliegos de condiciones no supone que la prohíba o impida, y en el ámbito de la contratación local subsisten y han de entenderse vigentes los preceptos que la exigen: ante todo está la norma del texto refundido que establece un plazo de exposición



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

al público de ocho días hábiles...”. De forma sorprendente, la parte recurrente cita más adelante esta Sentencia en apoyo de sus tesis, sin reparar en el pronunciamiento de ésta sobre el artículo que ella considera derogado.

En cuanto a la alusión del recurrente al incumplimiento por parte del Ayuntamiento de lo dispuesto en el artículo 121 del referido Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, sobre el periodo de publicidad de los pliegos, proyectos, reglamentos y tarifas, apoyándose para ello en la citada Sentencia del Tribunal Supremo, cabe recordar, una vez más, que en el presente caso estamos en presencia no de un *contrato de gestión indirecta de un servicio público mediante concesión*, sino ante un *contrato de concesión de obras públicas*, que, como se ha puesto de manifiesto en el punto segundo del presente Informe, es algo muy distinto y tiene sus propios requisitos de publicidad e información pública. Por tanto, no puede admitirse la conclusión final de la parte recurrente respecto de la omisión del trámite de información pública señalado en el artículo 121 del mencionado Reglamento de Servicios, que aquélla califica como error grave determinante de la nulidad de pleno derecho del procedimiento licitatorio. Y ello, sin perjuicio de tener que recordar, una vez más, lo dicho en el punto segundo anterior respecto de trámites esenciales al procedimiento de licitación objeto del presente Informe, cuya realización no nos consta que se hayan producido

En cuanto al resto de defectos señalados por la parte recurrente, relativos a la *“vulneración de lo establecido en el artículo 77 del RGLCLAP”* y a la *“vulneración de lo establecido en el artículo 86 del TRLCP”*, no pueden ser tenidos en cuenta, por cuanto, además de la falta de concreción respecto del modelo de anuncio cuyo contenido se considera preterido, en ambos casos, se trata de normas de carácter dispositivo y nunca imperativo y, por tanto, de valor meramente indicativo.

Ahora bien, no podemos decir lo mismo de la otra alegación formulada, relativa al necesario estudio de viabilidad y su sometimiento a información pública, pues, si bien, puede considerarse cumplido el requisito de elaboración de un estudio de viabilidad mediante el documento titulado *“Proyecto de viabilidad Centro Social polivalente...”* – con las matizaciones que más arriba hemos realizado –, no nos consta, como ya hemos dicho, que se haya evacuado el trámite de Información pública del mencionado proyecto, de que habla el artículo 227.3 del TRLCAP, siendo éste un trámite esencial del procedimiento,



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

pese a que en el proyecto de viabilidad aportado se haga mención a que se ha optado por sustituir dicho documento por un “estudio económico-financiero”, como permite el apartado 6 siguiente del precepto citado, que, no obstante, no exime al Ayuntamiento del referido trámite de Información pública.

CUARTO

Por lo que respecta al segundo de los escritos presentados con alegaciones al Pliego, la primera de ellas referida a lo inadecuado del terreno elegido para la ubicación del Centro Residencial, lo único que cabe decir al respecto es que, si, como dice el interesado, la obra que se pretende ejecutar lo es en terrenos actualmente ocupados por instalaciones deportivas, deberán revisarse los acuerdos que en su día pudieran haberse adoptado para la ejecución de las mencionadas instalaciones, por si, a cambio del otorgamiento de alguna subvención, se hubiera asumido por parte del Ayuntamiento el compromiso de mantener el destino de los terrenos para la práctica del deporte. Igualmente, en el supuesto de que el municipio cuente con un instrumento de planeamiento general, deberá tenerse muy en cuenta la calificación que éste haga de los terrenos, al objeto de adaptar, en su caso, las determinaciones del mismo al nuevo uso o destino del suelo dotacional.

En cuanto a la segunda de las alegaciones efectuadas, relativa al contenido de la cláusula 6, número 4, de las publicadas en el Boletín Oficial de la Provincia nº ..., no es cierto, como afirma el recurrente, que “...las instalaciones y por tanto los terrenos donde estas se encuentran pasarán a nombre de la empresa adjudicataria”. Primero, porque no es eso lo que dice la aludida cláusula, que se limita a regular la reversión al Ayuntamiento de las instalaciones con su equipamiento una vez se extinga el contrato¹, y, en segundo lugar, porque, de acuerdo con lo dispuesto legalmente, el Ayuntamiento en ningún

¹ **Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio:**

Artículo 28. 1. Bajo el epígrafe de “Bienes y derechos revertibles”, se reseñarán con el detalle suficiente, según su naturaleza y sin perjuicio de las remisiones a otros epígrafes y números del inventario, todos aquéllos cuyo dominio o disfrute hubiere de revertir o consolidarse en la Entidad llegado cierto día o al cumplirse o no determinada condición, de modo que sirva de recordatorio constante para que la Corporación ejercite oportunamente las facultades que le correspondieren en relación con los mismos.

2. Se relacionarán en esta parte del inventario, entre otros bienes, los cedidos por la Corporación condicionalmente o a plazo, las concesiones y los arrendamientos otorgados sobre bienes municipales o provinciales



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

momento deja de ser el propietario titular del terreno y de las obras ejecutadas sobre él, correspondiendo al adjudicatario de la licitación únicamente la titularidad de la concesión para la prestación del servicio público, objeto de licitación conjunta con la ejecución de la obra pública.

El resto de alegaciones formuladas por el interesado no tienen mayor interés y deben ser rechazadas en su totalidad; pues, en las dos primeras, relativas a la suspensión del plazo de presentación de proposiciones y facultades de la mesa de contratación, demuestra tener un escaso conocimiento de la legislación aplicable en materia de contratación; y en la tercera, no se aprecia la contradicción apuntada por el recurrente, entre *“la necesidad de dar preferencia a las personas con menos recursos económicos”*, y la exigencia, como requisito previo para disfrutar del servicio, de abonar las tarifas en cada caso vigentes.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, y no suople en modo alguno a otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo a 14 de Marzo de 2007