



INFORME 5/2009, DE 6 DE NOVIEMBRE, SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A CONTRATOS PATRIMONIALES Y A CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA.

ANTECEDENTES

La Dirección General de Cooperación con la Administración Local de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior se dirige a la Junta Consultiva solicitando informe en los términos siguientes:

De un tiempo a esta parte, varias Corporaciones Locales han manifestado a esta Dirección General su preocupación en cuanto a la interpretación que se debe dar al artículo 92 del Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales y además en la concordancia con el artículo 178 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid.

El citado artículo 92 del R.D. 1.372/1989 establece que en los derechos de arrendamiento o cualquier otra forma de cesión de uso de bienes patrimoniales se establecerá un canon que no sea inferior al 6 % del valor del bien: cuando además el bien cedido es una parcela, el beneficiario del derecho de uso, deberá hacerse cargo de los costes de construcción que revertirá posteriormente a la Corporación.

Por otra parte, en el mismo artículo 92 se hace mención a la subasta como forma de adjudicación de los bienes. No obstante, como los bienes del patrimonio municipal del suelo deben ser adjudicados, conforme al artículo 178 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del suelo de la Comunidad de Madrid por medio de concurso, los ayuntamientos están acudiendo a este sistema de adjudicación.

Ahora bien, a veces la Administración no pretende como finalidad principal efectuar un contrato de arrendamiento de un bien patrimonial por plazo superior a cinco años, que es un contrato patrimonial privado, sino un contrato administrativo a que se refiere el artículo 7 de la actual Ley de Contratos del Sector Público, denominado concesión de obras públicas o en otros supuestos un contrato administrativo de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión.

Estos supuestos jurídicamente son diferentes a los contratos patrimoniales, tanto por su calificación como administrativos, como en cuanto a su régimen jurídico, como en cuanto a su finalidad, de modo que la Administración pretende que a cambio de que

un empresario realice una obra con la extensión que establece la ley, le otorga el derecho a su explotación, o en la explotación del servicio correspondiente.

Pudiere ser elemento integrante en este tipo de contratos administrativos que la Administración aporte el suelo, ahora bien, pudiere considerarse que en esta decisión administrativa que forma parte de un contrato administrativo no debe desgajarse la parte patrimonial, dándole un tratamiento singular como si de un contrato patrimonial se tratase.

Desde el punto de vista económico, parece que no tiene sentido que en las diferentes concesiones, cuando la Administración deba pagar un precio al concesionario en el que incluye una determinada TIR, éste deba estar vinculado de forma rígida entre otros conceptos por el canon sobre el suelo, porque ello implicaría el otorgar a la empresa concesionaria un beneficio adicional necesario por el importe que tendría que abonar en concepto de canon a la Administración concedente.

La propia Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha considerado que el rigor del artículo 92 del RB puede ser atenuado por la vía del clausulado del propio contrato.

En este sentido, se cuestiona si, cuando la cesión o aportación de bienes patrimoniales forma parte de un negocio no patrimonial, sino administrativo, pudiere atenuarse la obligatoriedad del canon en cuanto al 6 % al que se refiere la normativa local y, en supuestos de reequilibrio de la concesión que este concepto, como cualquiera otros elementos integrantes de la misma, pudieren ser modificados en pro de la consecución del interés público, finalidad que debe presidir cualquier modificación de la misma.

En los negocios concesionales, con independencia de que al establecer unas condiciones, unas cargas, diferentes de las que impone la subasta y mayores, puesto que conforme a aquella se puede destinar el bien a cualquier uso previsto por el planeamiento, y por medio de los concursos bien se limitan los usos o se imponen cargas especiales, este canon resulta desnaturalizado de su finalidad.

Es por ello que se plantea la siguiente consulta:

1.- En aquellos casos en que no se hace una cesión libre, sino que conlleva una obligación para el concesionario ligada a una utilidad pública, ¿debe mantenerse la limitación del 6 % que establece el artículo 92 del R.D. 1.372/1986, de 13 de junio, para

las subastas de arrendamientos o de cualquier otro tipo de derechos reales sobre bienes patrimoniales?

2.- Cuando en aplicación del artículo 178 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, la adjudicación sea por concurso con la ponderación de prestación adicional diferente a canon, ¿debe mantenerse el 6 % de canon mínimo que establece para subasta el citado R.D. 1.372/1986?

CONSIDERACIONES

1.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas hay que mencionar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, como dispone el artículo 37 de su Reglamento General de Contratación Pública (RGCCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Empresas públicas con forma de sociedad mercantil o Entidad de Derecho público y demás Entes públicos, sin que su competencia se extienda a las consultas de las Entidades Locales de su ámbito territorial. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del RGCCPM, la competencia para solicitar informes a la Junta corresponde a las Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías, Gerentes de los Organismos Autónomos, representantes legales de las Empresas públicas con forma de sociedad mercantil, Entidades de Derecho público y demás Entes públicos de la Comunidad de Madrid, del Interventor General y de los Presidentes de las Organizaciones Empresariales afectadas por la contratación administrativa de la Comunidad de Madrid. No obstante, con carácter excepcional, atendiendo al interés general que pueda revestir la consulta formulada, se realizan las siguientes consideraciones.

2.- En la consulta formulada por la Dirección General de Cooperación con la Administración Local se plantean varias cuestiones si bien ambas se centran en la interpretación que debe darse al artículo 92 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RBEL), aprobado por Real Decreto 1.372/1986, de 13 de junio. Por un lado, si debe mantenerse el establecimiento del canon del 6% cuando la cesión de uso del bien patrimonial este ligada a la celebración de un contrato de concesión de obra pública, o de gestión de servicio público por concesión, o de colaboración entre el sector público y el sector privado por una Entidad Local que aporta una parcela. Por otro, si la cesión ha de ser por subasta o por concurso en aplicación del artículo 178 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSCM), y en este último caso si se aplica igualmente el artículo 92.2 del RBEL.

3.- Con carácter previo a la respuesta sobre las cuestiones suscitadas es necesario realizar una serie de precisiones respecto de los contratos patrimoniales, conforme a lo dispuesto por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

El artículo 4 de la LCSP recoge los negocios y relaciones jurídicas excluidos del ámbito de aplicación de la Ley y en su apartado 1 o) dispone que las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los del artículo 7 (contratos de concesión de obra pública) se regularán por su legislación específica, salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la LCSP. Asimismo, el apartado 1 p) del citado artículo excluye los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas que tendrán siempre carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. En estos contratos no se podrán incluir prestaciones propias de los contratos típicos de la LCSP, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 % del importe total del negocio, o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial vinculación y complementariedad en los términos que establece el artículo 25.2 de la Ley, que se refiere a los requisitos que han de cumplir los contratos mixtos, indicando que sus prestaciones han de estar vinculadas entre sí, de forma que constituyan una unidad funcional dirigida a satisfacer una necesidad o conseguir un fin propio del órgano o entidad contratante. Si se da alguno de estos dos supuestos las prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en la LCSP.

En todo caso el artículo 4.2 determina que los negocios y contratos excluidos de la LCSP se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Por tanto el régimen de aprovechamiento y disposición de los bienes patrimoniales de las Entidades locales se encuentra regulado en la normativa específica: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones públicas (LPAP) y normas que la complementan, su Reglamento y en especial el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales; la LSCM; y subsidiariamente, en lo no previsto por las anteriores, por las normas de contratación pública, si las normas patrimoniales remiten a ellas.

La LPAP establece en su artículo 152 que para la imposición de cargas o gravámenes sobre los bienes o derechos patrimoniales se deberán seguir los requisitos

exigidos para su enajenación, determinando su artículo 137 que la enajenación de los inmuebles podrá realizarse mediante concurso, subasta o adjudicación directa, siendo el procedimiento ordinario para la enajenación el concurso, en cuyo caso la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los correspondientes pliegos. Únicamente se utilizará la subasta en los supuestos previstos reglamentariamente y, en todo caso, respecto de bienes que, por su ubicación, naturaleza o características, sean inadecuados para atender las directrices derivadas de las políticas públicas y, en particular, de la política de vivienda. La adjudicación directa solo es aplicable en los concretos supuestos determinados por la Ley.

El artículo 92 del RBEL regula el régimen de utilización de los bienes patrimoniales, y establece que los derechos de arrendamiento o cualquier otra forma de cesión de uso se registrarán, en todo caso, en cuanto a su preparación y adjudicación por la normativa reguladora de contratación de las Entidades locales, especificando que la adjudicación se efectuará mediante subasta siempre que la duración de la cesión supere cinco años o el precio estipulado exceda del 5 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto. En todo caso, el usuario habrá de satisfacer un canon que no será inferior al 6 por 100 del valor del bien.

4.- También con carácter previo, puesto que la normativa patrimonial remite a la regulación contractual, es preciso mencionar que el régimen jurídico de la contratación en la Administración Local viene determinado por la normativa básica del Estado en materia de contratación pública y de régimen local, así como por las normas que en el ámbito de sus competencias dicten las Comunidades Autónomas.

La normativa reguladora de la contratación de las Entidades Locales ha sido modificada por la LCSP que, en su disposición derogatoria única, deroga, entre otros, el artículo 88 de la Ley 7/1985 Reguladora de las Bases de Régimen Local y los artículos 112, 113, 115, 116 y del 118 al 125 del texto refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

El artículo 3.1 a) de la LCSP dispone que las Entidades que integran la Administración Local forman parte, a los efectos de esta Ley, del Sector Público y en la disposición adicional segunda establece sus normas específicas de contratación.

5.- En cuanto a la primera cuestión relativa a la posibilidad de que en un contrato de concesión de obra pública no sea obligado satisfacer el mencionado canon del 6 por 100

cuando el contrato lleve aparejada la cesión de uso del bien patrimonial, hay que considerar lo siguiente:

Si el contrato está delimitado dentro de uno de los tipos contractuales regulados en el título preliminar, capítulo II, sección 1ª de la LCSP, estaríamos ante un contrato administrativo típico, cuya regulación viene establecida en las disposiciones correspondientes de dicha Ley, y los derechos y obligaciones de las partes se determinarán en el pliego de cláusulas administrativas particulares, de conformidad con lo previsto en la citada normativa, pudiendo establecerse como parte del régimen económico-financiero de la concesión la aportación de bienes inmuebles por parte de la Administración, que se integran en el patrimonio afecto a la concesión y revierten en el momento de su extinción.

El artículo 236 de la LCSP, sobre financiación de las obras, prevé la posibilidad de que el concesionario financie total o parcialmente la obra pública, indicando que cuando existan razones de rentabilidad económica o social o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de la obra, la Administración también podrá aportar recursos públicos para su financiación, conforme a las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, y respetando en todo caso el principio de asunción de riesgo por el concesionario. Asimismo, el artículo 237, sobre aportaciones públicas a la construcción, en su apartado 2, dispone que las aportaciones públicas puedan consistir en aportaciones no dinerarias del órgano de contratación o de cualquier otra Administración con la que exista convenio al efecto, de acuerdo con la valoración de las mismas que se contenga en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y añade que “los bienes inmuebles que se entreguen al concesionario se integran en el patrimonio afecto a la concesión destinándose al uso previsto en el proyecto de la obra y revertirán a la Administración en el momento de su extinción, debiendo respetarse, en todo caso, lo dispuesto en los planes de ordenación urbanística o sectorial que les afecten.”

En este supuesto, por tanto, se deberá estar a lo que dispongan los pliegos de la concesión, pudiendo considerarse como parte de la contraprestación del contrato la utilización del bien patrimonial, en cuyo caso podría llegar a valorarse el importe correspondiente al canon como parte de la aportación pública, si así se especifica.

A estos efectos cabe citar, aún cuando se refiera al procedimiento de adjudicación, lo concluido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 66/00, de 5 de marzo de 2001, relativo a la adjudicación de un contrato de arrendamiento de un bien patrimonial por plazo superior a cinco años, en el

sentido de que el rigor del artículo 92 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales puede ser atenuado por la vía del clausulado del propio contrato.

Por otra parte, en los contratos de concesión de obra pública, o de gestión de servicio público por concesión, o de colaboración entre el sector público y el sector privado, en virtud de lo que dispone el artículo 12 de la LCSP, sobre contratos mixtos, no debe desgajarse la parte patrimonial, dándole un tratamiento singular como si de un contrato patrimonial se tratase puesto que, cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, se atenderá en todo caso para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación al carácter de la prestación que tenga mas importancia desde el punto de vista económico.

6.- La segunda cuestión que se plantea en la consulta se refiere a cuando, en aplicación del artículo 178 de la LSCM, la adjudicación sea por concurso con la ponderación de prestación adicional diferente a canon, si debe mantenerse el 6 % de canon mínimo que establece el RBEL.

El citado artículo 178 de la LSCM dispone que los bienes de los patrimonios públicos del suelo pueden ser enajenados, mediante concurso por procedimiento abierto o restringido en la forma prevista en la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones públicas. El precio a satisfacer por el adjudicatario no podrá ser el único criterio determinante de la adjudicación, ni este podrá ser inferior al valor que corresponde al bien conforme a la legislación general aplicable. A su vez el artículo 173.2 de la citada Ley dispone que a los efectos del régimen aplicable a los actos de disposición de los bienes integrantes del patrimonio público de suelo, se considerarán como bienes patrimoniales, siendo su destino el establecido en el artículo 176 de la Ley.

Es claro que por jerarquía normativa prima, en cuanto al procedimiento a seguir para la adjudicación, lo dispuesto en el artículo 178 de la LSCM y 137 de la LPAP, frente al artículo 92 del RBEL, por tratarse de norma de rango superior además de ser posterior.

En cuanto a la remisión expresa a la normativa de contratación implica que el sistema de disposición mediante concurso, con la nueva regulación de la LCSP, se realizará mediante adjudicación con pluralidad de criterios, pero en los restantes términos, será de aplicación lo establecido en la normativa específica sobre bienes patrimoniales ya que como dispone el artículo 173.2 de la LSCM a los efectos del régimen aplicable a los actos de disposición de los bienes integrantes del patrimonio público de suelo se consideraran como bienes patrimoniales.

En este caso se considera que el hecho de que el procedimiento de adjudicación pondere otros criterios además del precio no impide que resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 92.2 del RBEL, y que en consecuencia se mantenga la exigencia para cualquier forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales de satisfacer un canon no inferior al 6 por cien del valor del bien.

7.- Por último cabe mencionar respecto de la segunda cuestión planteada, que al estar la consulta muy relacionada con la aplicación de la legislación patrimonial y de urbanismo de las Entidades Locales excede a la estricta materia contractual sobre la que esta Comisión Permanente es específicamente competente, pudiendo ser objeto de asesoramiento de otros órganos especializados en la materia.

CONCLUSIONES

1.- La calificación de un contrato como administrativo típico de la LCSP, determina que se regulará por lo dispuesto en esta Ley, y los derechos y obligaciones de las partes se delimitarán en el pliego de cláusulas administrativas particulares, pudiendo considerarse como parte de la contraprestación del contrato de concesión la utilización del bien patrimonial, en cuyo caso podría llegar a valorarse el importe correspondiente al canon como parte de la aportación pública, sin que resulte de aplicación directa el apartado 2 del artículo 92 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

2.- La adjudicación de los bienes del Patrimonio Municipal del Suelo se realizará mediante pluralidad de criterios, en aplicación del artículo 178 de la LSCM, al hacer éste remisión expresa a la legislación reguladora de los contratos de las Administraciones Públicas. El régimen de disposición de estos bienes es el correspondiente a los bienes patrimoniales, por lo que en este caso se considera que será de aplicación el canon del 6 por 100 previsto en el artículo 92.2 del RBEL.