



Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Administracions Públiques
Junta Consultiva
de Contractació Administrativa

Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 21 de diciembre de 2012

Informe 5/2012, de 21 de diciembre. Ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La gestión y explotación conjunta de un complejo constituido por un hotel y un palacio de congresos por parte de una entidad que tiene la consideración de poder adjudicador no administración pública

Antecedentes

1. El alcalde del Ayuntamiento de Palma ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

El Ayuntamiento de Palma de Mallorca ha recibido petición del director gerente de la entidad "PALAU DE CONGRESSOS DE PALMA, S.A." en la que se solicita que se eleve a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB, una consulta para que se pronuncie sobre la naturaleza jurídica del contrato en virtud del cual una entidad mercantil societaria cuyas acciones pertenecen al sector público cede a un tercero la gestión y explotación de un complejo constituido por un hotel y un palacio de congresos.

La entidad "Palau de Congressos, S.A." es una sociedad mercantil cuyo accionariado corresponde en un 50% a la también sociedad mercantil "SMAP, S.A." (Sociedad Municipal de Aparcamientos y Proyectos de Palma, S.A.) de titularidad municipal, y el 50% a la "ATB" (Agencia de Turismo Balear), entidad pública empresarial, de titularidad de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, por tanto, el giro o tráfico de la sociedad Palau está sometido al derecho privado sin perjuicio de su pertenencia al sector público.

El objeto social descrito en los Estatutos de la S.A. Palau de Congressos dice que lo constituye: "*... la promoción, construcción y gestión del Palacio de Congresos de Palma de Mallorca, así como los servicios complementarios que sean precisos para la mejor utilización de los recursos de aquel y, al respecto, el estudio de modificaciones del planeamiento, la compraventa de muebles e inmuebles, la gestión de actividades lúdicas, sean de hostelería o de cualquier tipo...*"



En cumplimiento de su objeto la S.A. Palau de Congressos ha contratado la ejecución de la obra, que actualmente está en fase avanzada, y ha procedido a ofertar en arrendamiento la gestión y explotación conjunta del complejo (hotel + recinto congresual) mediante la oportuna licitación pública que ha quedado desierta en dos ocasiones.

Para llevar a cabo el contrato de arrendamiento, Palau de Congressos, S.A., como entidad perteneciente al sector público, estaba sometida, obviamente, a los principios de publicidad y concurrencia, y para ello, siguiendo un criterio escrupuloso, elaboró unos pliegos en los que voluntariamente se establecieron una serie de cláusulas y cautelas semejantes a las exigidas a las administraciones públicas pero que no por ello se desvirtuaba la naturaleza jurídica del objeto del contrato que se licitaba, esto es, el arrendamiento.

Sin embargo, han surgido dudas sobre la naturaleza contractual del contrato objeto de las licitaciones (actualmente desiertas) en atención a la consideración de que el suelo donde se asientan las edificaciones del complejo había sido obtenida su disponibilidad por la S.A. Palau de Congressos mediante una concesión demanial del Ayuntamiento propietario del mismo, y a la vista del contenido del Informe 03/08, de 28 de Julio de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado sobre la *“naturaleza jurídica de un contrato cuyo objeto es la explotación de un Palacio de Congressos”*, y que concluye que se trata de una concesión administrativa.

Este Ayuntamiento entiende que la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento del complejo hotel más palacio de congresos es de carácter privado, tanto por el sujeto contratante como por el objeto contratado, que no queda desvirtuado por la razón de que la disponibilidad del suelo venga atribuida por una concesión demanial, máxime cuando en el texto del acuerdo de otorgamiento por parte del Ayuntamiento de Palma se permite que sobre dicho suelo se puedan realizar contratos con “terceros”, tanto para la construcción como para la gestión y explotación del complejo de instalaciones; ni tampoco se desvirtúa por el contenido (ciertamente escaso) del informe de la Junta Consultiva Estatal habida cuenta de que el mismo hace referencia a una entidad contratante de distinta naturaleza a la S.A., cual es un consorcio, de que se trata de una única edificación destinada al palacio y no de un complejo de hotel y palacio, como es el caso que nos ocupa, y de que el contenido de las obligaciones contenidas en el contrato (pliegos) son absolutamente diferentes en aspectos tan esenciales como son, por ejemplo, las tarifas a aplicar por el adjudicatario: “autorizadas”, en el caso del informe, y “comunicadas”, en el caso del arrendamiento.

Por todo lo expuesto, a la vista de la documentación que se adjunta para una mejor comprensión de los antecedentes y del informe emitido a instancias de Palau de Congressos, S.A. para cumplimentar lo



preceptuado en la petición de informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa,

Solicito:

Se emita informe sobre la naturaleza jurídica del contrato licitado por Palau de Congressos de Palma, S.A. por el que se encomienda la gestión y explotación de un complejo de hotel y recinto congresual construidos sobre un suelo cedido en concesión demanial por el Ayuntamiento.

2. El alcalde del Ayuntamiento de Palma está legitimado para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 12.2 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se cumplen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea la cuestión relativa a la naturaleza jurídica o la calificación del contrato en virtud del cual la entidad Palau de Congressos de Palma, S.A., sociedad mercantil de capital íntegramente público, que es un poder adjudicador que no tiene la consideración de administración pública, cede a un tercero la gestión y explotación de un complejo constituido por un hotel y un palacio de congresos construidos sobre unos terrenos de titularidad municipal sobre los cuales la sociedad posee una concesión demanial.

Tanto en el texto de la consulta como en el informe jurídico que la acompaña se hace constar que, en opinión del Ayuntamiento de Palma, se trata de un contrato de arrendamiento, de naturaleza privada, y ello en atención a la naturaleza jurídica de la entidad contratante, al derecho o título que posee sobre los bienes demaniales sobre los cuales se ha edificado el complejo, y a la naturaleza jurídica de la actividad de explotación de las instalaciones.

Pero que, no obstante, a raíz del Informe 3/2008, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre la naturaleza jurídica de un contrato cuyo objeto es la explotación de un palacio de congresos, han surgido dudas respecto a la naturaleza jurídica o la calificación del contrato que licitó Palau de Congressos de Palma, S.A., que han motivado la petición de este informe.



En definitiva, se trata de analizar si, dado el conjunto de características de este negocio jurídico, debe considerarse que está incluido en el ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), o bien debe considerarse que tiene naturaleza patrimonial y, por tanto, está excluido de su ámbito objetivo de aplicación, de acuerdo con el artículo 4.1 *p*.

En la medida que la consulta y el informe jurídico analizan los aspectos de la normativa patrimonial que afectan al contrato, los mencionaremos, sin ninguna pretensión de abarcarlos en todo su detalle, cosa que excedería las competencias de esta Junta Consultiva, aunque es necesario hacer algunas consideraciones que permitan dar respuesta a la consulta.

2. La calificación de los contratos a efectos de la legislación de contratos del sector público es una cuestión compleja que no puede resolverse con la simple denominación del contrato, sino que requiere un examen completo y detallado del objeto y del contenido de las obligaciones de las partes. Y, además, exige tener en cuenta otras circunstancias que rodean el negocio jurídico y que pueden ser determinantes para calificarlo correctamente.

El objeto del contrato, cuya calificación es objeto de la consulta, se denomina “contrato de arrendamiento para la gestión y explotación del complejo Palau de Congressos Palma de Mallorca” e incluye, de acuerdo con el pliego de bases, el equipamiento, gestión, explotación, conservación y mantenimiento ordinario de las instalaciones, equipamientos y servicios de un complejo integrado por un palacio de congresos, un hotel y un aparcamiento, así como la contratación y la gestión de los recursos humanos y de los servicios internos de organización de eventos en el complejo.

Dadas las características de la prestación que se detallan en el pliego, especialmente las relativas al régimen económico y al régimen de derechos y obligaciones de las partes, podría parecer, en una primera aproximación, que este negocio jurídico debería calificarse, de entre los tipos contractuales que prevé el TRLCSP, como contrato de gestión de servicios públicos, el cual se define, en el artículo 8.1, en los siguientes términos:

El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha



sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

De acuerdo con esta definición, solo pueden suscribir contratos de gestión de servicios públicos las administraciones públicas y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Por tanto, es un tipo de contrato que no pueden utilizar los poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administración pública, como es, de acuerdo con el artículo 3.2 del TRLCSP, el caso de Palau de Congressos de Palma, S.A.

Esta Junta Consultiva se ha pronunciado recientemente sobre las características de esta figura contractual, concretamente en el Informe 2/2012, de 30 de mayo, al que nos remitimos para una mejor comprensión.

Además del criterio subjetivo, otro motivo por el que el contrato que se somete a consulta no puede calificarse, tampoco, como contrato de gestión de servicios públicos, radica en la naturaleza de la prestación que es objeto del contrato.

Así, los contratos de gestión de servicios públicos requieren que la prestación a la que hacen referencia sea un servicio público. Como ya manifestamos en el Informe 2/2012, este concepto, en su acepción más amplia, incluye cualquier actividad que la Administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido en la esfera específica de sus competencias. Así pues, la existencia de un servicio público requiere que la titularidad del servicio esté atribuida en virtud de una norma a una administración pública, y que se trate de una prestación destinada a satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

En este sentido, cabe señalar que en principio la actividad de gestión y explotación de un conjunto integrado por un hotel, un palacio de congresos y un aparcamiento no puede calificarse como actividad de servicio público, dado que no ha sido atribuida por una norma a la esfera de competencias de ninguna administración pública ni satisface las necesidades de los ciudadanos, y dado que, si se calificase así, esto significaría dar un sentido excesivamente amplio al término. Sin embargo, no cabe duda de que la actividad de explotación del palacio de congresos es una actividad que puede ser prestada por un particular pero que también responde al interés general y, por tanto, nada obstaría a calificarla como actividad privada de interés público.



De hecho, el proyecto relativo al complejo del palacio de congresos se enmarca en el contexto general de promoción del turismo profesional o de reuniones y pretende contribuir al desarrollo sostenible y competitivo del sector turístico de las Illes Balears, pero no es, en sí mismo, un servicio público en sentido estricto.

Tal como se indica en el informe jurídico que acompaña la consulta, la doctrina considera, con carácter general, que no toda la actividad pública se puede encuadrar en el concepto de servicio público, y señala que los servicios públicos comprenden solo una parte de la actividad administrativa, e, incluso, que se trataría de actividades que constituyen servicios técnicos indispensables para la vida social.

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 24 de octubre de 1989, recoge el concepto de actividad privada de interés público y lo contrapone al de servicio público en los siguientes términos:

TERCERO. [...] La conceptualización de un bien como bien de servicio público, como consecuencia de la prestación a través del mismo de un servicio público, se deduce tanto del Código Civil que dentro de los bienes de dominio público estatal distingue entre los de uso público y los «destinados» a algún servicio público (art. 339) y del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales aprobado por el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, que tras incluir entre los bienes de dominio público los de servicio público como categoría distinta de los de uso público (art. 2.º), considera como bienes de servicio público, además, de los que enumera, y con carácter general, cualesquiera otros «destinados» a la prestación de servicios públicos o administrativos (propios de la competencia de los entes locales). Claro que la cuestión puede surgir en torno a lo que debe entenderse por servicio público, ya que ningún texto legal da un concepto del mismo, pudiendo considerarse como una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua. Características que no se producen en el supuesto de autos, pues independientemente de que una cuestión es la actividad que con carácter general pueda realizar la entidad estatal apelante de adquirir terrenos para urbanizarles y venderles en el mercado libre, que no es una actividad de servicio público, pues no le viene atribuida en exclusiva por Ley alguna, pudiendo concurrir con las mismas las particulares, mereciendo cuando más la calificación de actividad privada de interés público (en cuanto efectivamente consiga evitar la especulación del suelo), [...].

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 2012, en relación con el aeropuerto de Ciudad Real, hace referencia a



las actividades privadas que, por su naturaleza e importancia, son de interés general, pero que deben diferenciarse de las actividades de servicio público en sentido estricto, y manifiesta:

CUARTO. Debe también hacerse una alusión a la cuestión de la declaración del aeropuerto como de “interés general” (Orden FOM/1510/2006, de 5 de mayo, BOE 18 mayo), pues sobre tal declaración la parte demandada parece querer concluir que el aeropuerto constituye un servicio público idéntico en todo a los servicios públicos estatales. También en este punto estamos de acuerdo con el demandante, cuando deslinda que el aeropuerto sea de interés general del hecho de que sea o no un sistema general, cosas diferentes, igual que es diferente un aeropuerto de interés general de un servicio público. Es cierto que en la sentencia de nuestra sección 1ª de de 26 de junio de 2007 se habla en algún pasaje de servicio público, pero resulta necesario ahora aclarar que una cosa es que el Estado considere que una actividad privada es importante y que presta un servicio al público (un servicio público en un sentido muy amplio, general y no técnico de la expresión) y otra que se pretenda equiparar a todos los efectos una actividad privada a un servicio público estatal propiamente dicho, ya esté el mismo gestionado directamente, ya mediante concesión tras la oportuna concurrencia pública de licitadores. Mal puede hablarse en este caso de servicio público si ni siquiera existe un acto concesional del mismo para que la sociedad codemandada lo gestione. [...]

En cambio, en el Informe 3/2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal, se afirma, sin más argumentación, que la actividad de explotación de un palacio de congresos es una actividad de servicio público. Sin embargo, lo cierto es que la Junta Consultiva realiza esta afirmación en atención a la naturaleza demanial del inmueble en el que se desarrolla la actividad, y, en consecuencia, no es una conclusión que, de forma general, pueda extrapolarse a cualquier caso, ni, de forma particular, al contrato objeto de consulta. Además, la Junta Consultiva califica el negocio jurídico, finalmente, no como contrato de gestión de servicios públicos, sino como concesión demanial.

En definitiva, tanto la naturaleza jurídica de la entidad contratante como las características de la actividad que debe prestarse determinan que el contrato para la gestión y explotación conjunta de un complejo constituido por un hotel y un palacio de congresos no pueda calificarse como contrato de gestión de servicios públicos.

3. Pasemos ahora a analizar los aspectos patrimoniales que afectan al negocio jurídico sobre el cual se formula la consulta, y que son los que, en definitiva, determinan si el objeto del contrato está incluido en el ámbito de aplicación del



Texto refundido o si, en cambio, se trata de un negocio jurídico excluido de su ámbito de aplicación en virtud del artículo 4.1 *p* de esta norma, que se refiere a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y otros negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, es decir, a los contratos patrimoniales.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas define los bienes demaniales, en el artículo 5.1, en los siguientes términos:

Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que una ley otorgue expresamente el carácter de demaniales.

Y los bienes patrimoniales en el artículo 7.1 de la siguiente forma:

Son bienes y derechos de dominio privado o patrimoniales los que, siendo de titularidad de las Administraciones públicas, no tengan el carácter de demaniales.

De acuerdo con la documentación aportada, los solares sobre los que se ubican el hotel y el palacio de congresos son propiedad del Ayuntamiento de Palma y tienen el carácter de bien demanial. Mediante un acuerdo de la Junta de Gobierno, de 25 de enero de 2012, se acordó otorgar a Palau de Congressos de Palma, S.A. una concesión administrativa sobre los solares, en virtud de los artículos 93 y 137.4 *a* de la Ley 33/2003, lo que le permite hacer un uso privativo de los mismos, mientras que el Ayuntamiento de Palma conserva la titularidad de los bienes.

A pesar de que este acuerdo otorga la concesión demanial, lo cierto es que no recoge suficientemente lo que prevé el artículo 93.5 de la Ley 33/2003, dado que no menciona con detalle las condiciones en que se otorga esta concesión ni permite deducir con total claridad qué facultades tiene Palau de Congressos de Palma, S.A. en el marco de esta concesión demanial.

El Informe 3/2008 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal al que hemos hecho referencia anteriormente y que es el que ha dado lugar a la consulta, afirma que para determinar cuál es la naturaleza jurídica del negocio jurídico cuyo objeto consiste en la explotación de un palacio de congresos, es necesario establecer primero cuál es la naturaleza jurídica del inmueble. En este sentido, la Junta Consultiva manifiesta que, si se entiende que el bien tiene



carácter patrimonial, no podría constituirse sobre él un negocio jurídico calificable como concesión administrativa. En cambio, sostiene que si se le atribuye naturaleza demanial se excluiría la posibilidad de suscribir un contrato de arrendamiento o de cualquier otro tipo que tuviera por objeto ceder su explotación a un tercero. Y, finalmente, concluye que el negocio jurídico en virtud del cual la entidad concedente otorga la explotación a una entidad privada tiene naturaleza concesional, dado que el inmueble sobre el que recae es un bien de dominio público.

Como ya hemos dicho, las conclusiones de este Informe no son automáticamente extrapolables a cualquier otro caso en que se explote un palacio de congresos, dado que deben tenerse en cuenta siempre las circunstancias de cada caso concreto. Así, a diferencia del caso que se planteó ante la Junta Consultiva estatal, en el que la entidad pública que suscribía el contrato o negocio jurídico tenía carácter de administración pública, en el caso que nos ocupa la entidad Palau de Congressos de Palma, S.A. no tiene dicho carácter (sino únicamente el de poder adjudicador), ni es la titular de los solares —que, como hemos señalado anteriormente, no están afectos a ningún servicio público en sentido estricto—, sino que únicamente tiene atribuido su uso privativo, por lo que no está facultada para otorgar ninguna concesión administrativa sobre estos bienes, sino que, en su condición de concesionaria, puede explotar directamente su derecho concesional o contratar su explotación con un tercero. Esta es la opción que la entidad consideró más conveniente, por lo que convocó una licitación pública para adjudicar un contrato de arrendamiento.

En este sentido, el artículo 97 de la Llei 33/2003 dispone:

1. El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.
2. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario.

Así pues, el concesionario posee un derecho asimilado al derecho de propiedad, de duración limitada al período de la concesión, y que le permite, por ejemplo, arrendar los bienes a un tercero para que este los explote y, en definitiva, le permite actuar, siempre que se respeten los términos, requisitos y obligaciones que establezca el acuerdo en virtud del cual se le otorgó la concesión administrativa y los requisitos de concurrencia y publicidad. En consecuencia, el



negocio jurídico quedaría excluido del ámbito de aplicación objetivo de la normativa de contratación y, además, tampoco podría calificarse como concesión administrativa.

Conclusión

La gestión y explotación conjunta de un complejo constituido por un hotel y un palacio de congresos por parte de la entidad Palau de Congressos de Palma, S.A. es un negocio jurídico que está excluido del ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, dado que se trata de un negocio jurídico patrimonial que, dadas las circunstancias que concurren en este caso, no puede calificarse como concesión administrativa, sino que constituye un arrendamiento, forma de gestión que entra en el marco de las facultades de las que goza esta entidad en virtud de la concesión administrativa de la que es titular, a cuyos términos debe someterse.