



# Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Administracions Públiques  
Junta Consultiva  
de Contractació Administrativa

## Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de 21 de desembre de 2012

**Informe 5/2012, de 21 de desembre. Àmbit d'aplicació objectiu del Text refós de la Llei de contractes del sector públic. La gestió i l'explotació conjunta d'un complex constituït per un hotel i un palau de congressos per part d'una entitat que té la consideració de poder adjudicador no administració pública**

### Antecedents

1. El batle de l'Ajuntament de Palma ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

L'Ajuntament de Palma de Mallorca ha rebut una petició del director gerent de l'entitat "PALAU DE CONGRESSOS DE PALMA, SA" en la qual se sol·licita que s'elevi a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB, una consulta perquè es pronunciï sobre la naturalesa jurídica del contracte en virtut del qual una entitat mercantil societària les accions de la qual pertanyen al sector públic cedeix a un tercer la gestió i explotació d'un complex constituït per un hotel i un palau de congressos.

L'entitat "Palau de Congressos, SA" és una societat mercantil l'accionariat de la qual correspon en un 50% a la també societat mercantil "SMAP, SA" (Societat Municipal d'Aparcaments i Projectes de Palma, SA), de titularitat municipal, i el 50% a l'"ATB" (Agència de Turisme Balear), entitat pública empresarial, de titularitat de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, per tant, el gir o tràfic de la societat Palau està sotmès al dret privat sens perjudici de la seva pertinença al sector públic.

L'objecte social descrit en els estatuts de l'SA Palau de Congressos diu que el constitueix: "*... 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 compliment del seu objecte, l'SA Palau de Congressos ha contractat l'execució de l'obra, que actualment està en fase avançada, i ha ofert en arrendament la gestió i explotació conjunta del complex (hotel + recinte de



congressos) mitjançant l'oportuna licitació pública que ha quedat deserta en dues ocasions.

Per dur a terme el contracte d'arrendament, Palau de Congressos, SA, com a entitat pertanyent al sector públic, estava sotmesa, òbviament, als principis de publicitat i concurrència, i per això, seguint un criteri escrupolós, va elaborar uns plecs en els quals voluntàriament es varen establir una sèrie de clàusules i cauteles semblants a les que s'exigeixen a les administracions públiques, però que no per això desvirtuaven la naturalesa jurídica de l'objecte del contracte que es licitava, això és, l'arrendament.

No obstant això, han sorgit dubtes sobre la naturalesa contractual del contracte objecte de les licitacions (actualment desertes) en atenció a la consideració que l'SA Palau de Congressos havia obtingut la disponibilitat del sòl on s'assenten les edificacions del complex mitjançant una concessió demanial de l'Ajuntament, que n'era el propietari, i a la vista del contingut de l'Informe 03/08, de 28 de juliol de 2008, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat sobre la "*naturaleza jurídica de un contrato cuyo objeto es la explotación de un Palacio de Congressos*", i que conclou que es tracta d'una concessió administrativa.

Aquest Ajuntament entén que la naturalesa jurídica del contracte d'arrendament del complex hotel més palau de congressos és de caràcter privat, tant pel subjecte contractant com per l'objecte contractat, i això no queda desvirtuat per la raó que la disponibilitat del sòl vengui atribuïda per una concessió demanial, principalment quan en el text de l'acord d'atorgament per part de l'Ajuntament de Palma es permet que sobre aquest sòl es puguin realitzar contractes amb "tercers", tant per a la construcció com per a la gestió i explotació del complex d'instal·lacions; ni tampoc no es desvirtua pel contingut (certament escàs) de l'informe de la Junta Consultiva Estatal, tot tenint en compte que aquest fa referència a una entitat contractant de naturalesa diferent a l'SA, com és un consorci; que es tracta d'una única edificació destinada al palau i no d'un complex d'hotel i palau, com és el cas que ens ocupa; i que el contingut de les obligacions contingudes en el contracte (plecs) és absolutament diferent en aspectes tan essencials com són, per exemple, les tarifes a aplicar per l'adjudicatari: "autoritzades", en el cas de l'informe, i "comunicades", en el cas de l'arrendament.

Per tot el que s'ha exposat, a la vista de la documentació que s'adjunta per comprendre més bé els antecedents i de l'informe emès a instàncies de Palau de Congressos, SA, per complir el que es disposa per a la petició d'informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa,

Sol·licit:

Que s'emeti un informe sobre la naturalesa jurídica del contracte licitat per Palau de Congressos de Palma, SA, pel qual s'encomana la gestió i



explotació d'un complex d'hotel i recinte de congressos construïts sobre un sòl cedit en concessió demanial per l'Ajuntament.

2. El batle de l'Ajuntament de Palma està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de conformitat amb l'article 12.2 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

### **Consideracions jurídiques**

1. L'escrit de consulta planteja la qüestió relativa a la naturalesa jurídica o la qualificació del contracte en virtut del qual l'entitat Palau de Congressos de Palma, SA, societat mercantil de capital íntegrament públic, que és un poder adjudicador que no té la consideració d'administració pública, cedeix a un tercer la gestió i l'explotació d'un complex constituït per un hotel i un palau de congressos construïts sobre uns terrenys de titularitat municipal sobre els quals la societat posseeix una concessió demanial.

Tant en el text de la consulta com en l'informe jurídic que l'acompanya es fa constar que, en opinió de l'Ajuntament de Palma, es tracta d'un contracte d'arrendament, de naturalesa privada, i això en atenció a la naturalesa jurídica de l'entitat contractant, al dret o al títol que posseeix sobre els béns demaniais sobre els quals s'ha edificat el complex, i a la naturalesa jurídica de l'activitat d'explotació de les instal·lacions.

Però que, no obstant això, arran de l'Informe 3/2008, de 28 de juliol, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques sobre la naturalesa jurídica d'un contracte l'objecte del qual és l'explotació d'un palau de congressos, han sorgit dubtes respecte de la naturalesa jurídica o la qualificació del contracte que va licitar Palau de Congressos de Palma, SA, que han motivat la petició d'aquest informe.

En definitiva, es tracta d'analitzar si, atès el conjunt de característiques d'aquest negoci jurídic, s'ha de considerar que està inclòs en l'àmbit d'aplicació objectiu del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP), o bé s'ha de considerar que té naturalesa patrimonial i, per tant, està exclòs del seu àmbit objectiu d'aplicació, d'acord amb l'article 4.1 p.



En la medida que la consulta y el informe jurídico analizan los aspectos de la normativa patrimonial que afectan al contrato, en su momento, sin pretensión de abarcarlo todo en detalle, cosa que excedería de las competencias de esta Junta Consultiva, pero sí que se hacen 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 se puede resolver simplemente con la denominación del contrato, sino que requiere un examen completo y detallado del objeto y del contenido de las obligaciones de las partes. Además, exige tener en cuenta otras circunstancias que rodean el negocio jurídico y que pueden ser determinantes para calificarlo correctamente.

El objeto del contrato, la calificación del cual es objeto de la consulta, se denomina "contrato de arrendamiento para la gestión y explotación del complejo Palacio de Congresos Palma de Mallorca" e incluye, de acuerdo con el pliego de bases, el equipamiento, la gestión, la explotación, la conservación y el mantenimiento ordinario de las instalaciones, los equipos y los servicios de un complejo integrado por un palacio de congresos, un hotel y un aparcamiento, así como también 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, entre los tipos contractuales previstos en el TRLCSP, como un 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 aquel en virtud del cual 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 la prestación del cual ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o la mutua que lo encarga.

Las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales solo pueden celebrar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

De acuerdo con esta definición, solo pueden suscribirse contratos de gestión de servicios públicos las administraciones públicas y las mutuas de accidentes de trabajo y



malalties professionals. Per tant, és un tipus de contracte que no poden fer servir els poders adjudicadors que no tenen la consideració d'administració pública, com és, d'acord amb l'article 3.2 del TRLCSP, el cas de Palau de Congressos de Palma, SA.

Aquesta Junta Consultiva s'ha pronunciat recentment sobre les característiques d'aquesta figura contractual, concretament en l'Informe 2/2012, de 30 de maig, al qual ens remetem per a una millor comprensió.

A més del criteri subjectiu, un altre motiu pel qual el contracte que se sotmet a consulta no es pot qualificar, tampoc, com a contracte de gestió de serveis públics, rau en la naturalesa de la prestació que és objecte del contracte.

Així, els contractes de gestió de serveis públics requereixen que la prestació a què fan referència sigui un servei públic. Com ja vàrem manifestar en l'Informe 2/2012, aquest concepte, en l'accepció més àmplia, inclou qualsevol activitat que l'Administració desenvolupi per satisfer l'interès general atribuït a l'esfera específica de les seves competències. Així doncs, l'existència d'un servei públic requereix que la titularitat del servei estigui atribuïda en virtut d'una norma a una administració pública, i que es tracti d'una prestació destinada a satisfer les necessitats dels ciutadans.

En aquest sentit, cal assenyalar que en principi l'activitat de gestió i explotació d'un conjunt integrat per un hotel, un palau de congressos i un aparcament no es pot qualificar com a activitat de servei públic, atès que no ha estat atribuïda per una norma a l'esfera de competències de cap administració pública ni satisfà les necessitats dels ciutadans, i atès que, si es qualificàs així, això significaria donar un sentit excessivament ampli al terme. No obstant això, no hi ha dubte que l'activitat d'explotació del palau de congressos és una activitat que es pot prestar per un particular però que també respon a l'interès general i, per tant, res no obstant a qualificar-la com a activitat privada d'interès públic.

De fet, el projecte relatiu al complex del palau de congressos s'emmarca en el context general de promoció del turisme professional o de reunions i pretén contribuir al desenvolupament sostenible i competitiu del sector turístic de les Illes Balears, però no és, en si mateix, un servei públic en sentit estricte.

Tal com s'indica en l'informe jurídic que acompanya la consulta, la doctrina considera, amb caràcter general, que no tota l'activitat pública es pot enquadrar en el concepte de servei públic, i assenyala que els serveis públics comprenen només una part de l'activitat administrativa, i, fins i tot, que es tractaria



d'activitats que constitueixen serveis tècnics indispensables per a la vida social.

El Tribunal Suprem, en la Sentència de 24 d'octubre de 1989, recull el concepte d'activitat privada d'interès públic i el contraposa al de servei públic en els termes següents:

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 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella-la Manxa de 19 d'octubre de 2012, en relació amb l'aeroport de Ciudad Real, fa referència a les activitats privades que, per la seva naturalesa i importància, són d'interès general, però que s'han de diferenciar de les activitats de servei públic en sentit estricte, i manifesta:

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 canvi, en l'Informe 3/2008 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa estatal, s'afirma, sense més argumentació, que l'activitat d'explotació d'un palau de congressos és una activitat de servei públic. No obstant això, el cert és que la Junta Consultiva fa aquesta afirmació en consideració a la naturalesa demanial de l'immoble en què es desenvolupa l'activitat, i, en conseqüència, no és una conclusió que, de manera general, es pugui extrapolar a qualsevol cas, ni, de forma particular, al contracte objecte de consulta. A més, la Junta Consultiva qualifica el negoci jurídic, finalment, no com a contracte de gestió de serveis públics, sinó com a concessió demanial.

En definitiva, tant la naturalesa jurídica de l'entitat contractant com les característiques de l'activitat que s'ha de prestar determinen que el contracte per a la gestió i explotació conjunta d'un complex constituït per un hotel i un palau de congressos no es pugui qualificar com a contracte de gestió de serveis públics.

3. Passem ara a analitzar els aspectes patrimonials que afecten el negoci jurídic sobre el qual es formula la consulta, i que són els que, en definitiva, determinen si l'objecte del contracte està inclòs en l'àmbit d'aplicació del Text refós o si, en canvi, es tracta d'un negoci jurídic exclòs del seu àmbit d'aplicació en virtut de l'article 4.1 *p* d'aquesta norma, que es refereix als contractes de compravenda, donació, permuta, arrendament i altres negocis jurídics anàlegs sobre béns immobles, valors negociables i propietats incorporals, és a dir, als contractes patrimonials.

La Llei 33/2003, de 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques defineix els béns demanials, en l'article 5.1, en els termes següents:

Són béns i drets de domini públic els que, sent de titularitat pública, estan afectats a l'ús general o al servei públic, així com aquells als quals una llei atorgui expressament el caràcter de demanials.



I els béns patrimonials en l'article 7.1 de la manera següent:

Són béns i drets de domini privat o patrimonials els que, sent de titularitat de les administracions públiques, no tinguin el caràcter de demaniales.

D'acord amb la documentació aportada, els solars sobre els quals s'ubiquen l'hotel i el palau de congressos són propietat de l'Ajuntament de Palma i tenen el caràcter de bé demanial. Per mitjà d'un acord de la Junta de Govern, de 25 de gener de 2012, es va acordar atorgar a Palau de Congressos de Palma, SA una concessió administrativa sobre els solars, en virtut dels articles 93 i 137.4 a de la Llei 33/2003, la qual cosa li permet fer-ne un ús privatiu, mentre que l'Ajuntament de Palma conserva la titularitat dels béns.

Tot i que aquest acord atorga la concessió demanial, el cert és que no recull suficientment allò que preveu l'article 93.5 de la Llei 33/2003, atès que no esmenta amb detall les condicions en què s'atorga aquesta concessió ni permet deduir amb total claredat quines facultats té Palau de Congressos de Palma, SA, en el marc d'aquesta concessió demanial.

L'Informe 3/2008 de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa estatal al qual hem fet referència anteriorment i que és el que ha donat lloc a la consulta, afirma que per determinar quina és la naturalesa jurídica del negoci jurídic l'objecte del qual consisteix en l'explotació d'un palau de congressos, és necessari establir primer quina és la naturalesa jurídica de l'immoble. En aquest sentit, la Junta Consultiva manifesta que, si s'entén que el bé té caràcter patrimonial, no es podria constituir-hi a damunt un negoci jurídic qualificable com a concessió administrativa. En canvi, sosté que si se li atribueix naturalesa demanial s'exclouria la possibilitat de subscriure un contracte d'arrendament o de qualsevol altre tipus que tingués per objecte cedir-ne l'explotació a un tercer. I, finalment, conclou que el negoci jurídic en virtut del qual l'entitat concedent atorga l'explotació a una entitat privada té naturalesa concessional, atès que l'immoble sobre el qual recau és un bé de domini públic.

Com ja hem dit, les conclusions d'aquest Informe no són extrapolables automàticament a qualsevol altre cas en què s'exploti un palau de congressos, atès que s'han de tenir en compte sempre les circumstàncies de cada cas concret. Així, a diferència del cas que es va plantejar davant la Junta Consultiva estatal, en què l'entitat pública que subscribia el contracte o negoci jurídic tenia caràcter d'administració pública, en el cas que ens ocupa l'entitat Palau de Congressos de Palma, SA no té aquest caràcter (sinó únicament el de poder adjudicador), ni és





la titular dels solars —que, com hem assenyalat anteriorment, no estan afectes a cap servei públic en sentit estricte—, sinó que únicament en té atribuït l'ús privatiu, per la qual cosa no està facultada per atorgar cap concessió administrativa sobre aquests béns, sinó que, en la seva condició de concessionària, pot explotar directament el seu dret concessional o contractar-ne l'explotació amb un tercer. Aquesta és l'opció que l'entitat va considerar més convenient, per la qual cosa va convocar una licitació pública per adjudicar un contracte d'arrendament.

En aquest sentit, l'article 97 de la Llei 33/2003 disposa:

1. El titular d'una concessió disposa d'un dret real sobre les obres, construccions i instal·lacions fixes que hagi construït per a l'exercici de l'activitat autoritzada pel títol de la concessió.
2. Aquest títol atorga al seu titular, durant el termini de validesa de la concessió i dins dels límits que estableix la present secció d'aquesta Llei, els drets i les obligacions del propietari.

Així doncs, el concessionari posseeix un dret assimilat al dret de propietat, de durada limitada al període de la concessió, i que li permet, per exemple, arrendar els béns a un tercer perquè aquest els exploti i, en definitiva, li permet actuar, sempre que es respectin els termes, els requisits i les obligacions que estableixi l'acord en virtut del qual se li va atorgar la concessió administrativa i els requisits de concurrència i publicitat. En conseqüència, el negoci jurídic quedaria exclòs de l'àmbit d'aplicació objectiu de la normativa de contractació i, a més, tampoc no es podria qualificar com a concessió administrativa.

## **Conclusió**

La gestió i explotació conjunta d'un complex constituït per un hotel i un palau de congressos per part de l'entitat Palau de Congressos de Palma, SA, és un negoci jurídic que està exclòs de l'àmbit d'aplicació objectiu del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, atès que es tracta d'un negoci jurídic patrimonial que, ateses les circumstàncies que concorren en aquest cas, no es pot qualificar com a concessió administrativa, sinó que constitueix un arrendament, forma de gestió que entra en el marc de les facultats de què gaudeix aquesta entitat en virtut de la concessió administrativa de què és titular, als termes de la qual s'ha de sotmetre.