

Sc. Comisión Consultiva.
GK/.

Informe 5/2007, de 12 de abril, sobre el derecho de tanteo en los contratos de concesión de servicios públicos.

I.- ANTECEDENTES.

El Alcalde del Ayuntamiento de Motril dirige escrito a esta Comisión Consultiva de Contratación Administrativa en petición de informe con el siguiente texto:

“PRIMERO.- Este Ayuntamiento de Motril tiene suscrito desde el día 2 de febrero de 2001 contrato administrativo con la empresa X, S.A. sobre “Concesión Administrativa de Servicio Público de Gestión Integral de los Aparcamientos de Motril, Explotación de la Zona Regulada mediante Parquímetros y Construcción y Explotación de dos Aparcamientos Subterráneos”.

En el Art. 20 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigieron la adjudicación, y que se considera parte integrante del contrato al que se ha hecho mención, se establecen los Derechos del Concesionario, determinando como uno de esos derechos “el de tanteo sobre ampliaciones futuras propuestas por un tercero o por la propia administración municipal”.

Se acompaña para mayor ilustración el mencionado Pliego de Cláusulas Administrativas.

SEGUNDO.- Con fecha 18 de diciembre de 2006, y previa tramitación del correspondiente procedimiento de licitación, se adjudicó a la UTE X la Concesión de la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo, por ser la suya la oferta más ventajosa. Dicha licitadora, y como mejora al servicio, propuso como zona complementaria de explotación comercial prevista en el Art. 223 LCAP, la regulación de los aparcamientos en superficie que resulten tras la ejecución del aparcamiento subterráneo.

TERCERO.- Esta Administración ha tenido conocimiento del Dictamen 52/03, de 12 de marzo de 2.004 emitido por la Junta Consultiva de Contratación del Estado donde abordan la cuestión del derecho de tanteo para la adjudicación previsto en el Art. 117 y ss del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, concluyendo, para ese supuesto concreto, que no era de aplicación por estar en contradicción con los preceptos de la vigente legislación de la Ley de Contratos.

Si bien es cierto que el Derecho de Tanteo que esta Administración otorgó en su día a la empresa X, S.A. nada tiene que ver con el previsto en el Reglamento de Servicios a favor de los promovientes de un expediente de concesión de bienes y servicios (aclarar que ni siquiera la empresa X, S.A.



fueron los que promovieron en su día la concesión de la que hoy son titulares, pues fue un proyecto impulsado por la propia Administración Local), a esta Corporación le han surgido dudas de su legalidad, a pesar de ser parte del contrato, dado que la legislación vigente en materia de contratación no contempla la posibilidad de dicho derecho de tanteo.

Por todo ello, SE SOLICITA INFORME SOBRE:

1º.- La conformidad a derecho del Derecho de Tanteo establecido en su día a favor de la empresa X, S.A. sobre ampliaciones futuras del servicio propuestas por un tercero o por la propia administración municipal”.

2º.- En su consecuencia, si este Ayuntamiento de Motril decidiera establecer en la superficie del nuevo aparcamiento subterráneo, cuya construcción y gestión ha sido adjudicada a la UTE X, la regulación del aparcamiento mediante parquímetros, si dicho servicio puede ser prestado por la UTE mencionada, pues así ha sido propuesto por ésta en su oferta o, si por el contrario, y en virtud del Derecho de Tanteo que existe a favor de la empresa X, S.A., ha de ser ésta quien prestara dicho servicio de regulación de aparcamiento en superficie.

Para una mayor comprensión, se adjuntan fotocopias de los siguientes documentos:

- Pliego de Condiciones y Contrato con la empresa X, S.A.
- Acuerdo de adjudicación a la UTE X
- Informe 52/03 de 12 de marzo.

Por cuanto antecede, procede y

SOLICITO A ESTA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN que habiendo presentado este escrito, acuerde admitirlo y, en su virtud, proceda a la emisión del informe solicitado sobre los extremos que se especifican.”

II.- INFORME.

1.- Previamente al examen de la cuestión planteada hay que indicar en relación con el contenido de los informes de esta Comisión Consultiva, de acuerdo con el criterio ya sentado en el Informe 7/2003, de 17 de noviembre, que a la misma no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación de las normas en materia de contratación administrativa, si bien las consultas pueden tener su origen en la



interpretación de las normas con carácter general, o bien en un supuesto de hecho en concreto que sea objeto de aplicación de tales normas.

No obstante, ello no es obstáculo para que esta Comisión Consultiva consigne con carácter general su criterio sobre la cuestión suscitada.

2.- La cuestión objeto de consulta se concreta en dilucidar la sujeción a derecho de la inclusión, en el Pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato de concesión del servicio público, de una cláusula por la que se le concede al concesionario un derecho de tanteo sobre ampliaciones futuras del servicio propuestas por un tercero o por la propia Administración Municipal.

El derecho de tanteo reconocido en el pliego se configura como una preferencia del concesionario actual del servicio para obtener la adjudicación de un nuevo contrato que, aunque recaiga sobre el mismo tipo de servicio, es distinto del que fue inicialmente objeto del contrato de concesión.

Ya en el propio escrito de consulta se descarta la aplicación del derecho de tanteo regulado en el artículo 123 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, texto aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, al no coincidir el supuesto de hecho contemplado en el mismo con el que es objeto de consulta, ya que el concesionario no fue petitionerio iniciador de la concesión del servicio.

Lo anterior hace innecesaria la discusión sobre la vigencia del Título III del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, el cual queda condicionado a su no oposición a lo establecido en la Ley y en el Reglamento, tal como se indica en la disposición derogatoria única del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Al no estar regulado el derecho de tanteo, en la forma contemplada en el pliego, en la legislación de contratos, el posible marco jurídico en el que se le podría encuadrar sería el de la libertad de pactos reconocido en el artículo 4 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), al establecer que “La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla”.

Es por tanto la colisión con los condicionantes de la libertad de pactos la que determinará su sujeción a derecho, y en particular su posible contradicción con el ordenamiento jurídico regulador de la contratación pública.



El artículo 11 del TRLCAP somete la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas, a “los principios de publicidad y concurrencia, salvo las excepciones establecidas por la presente ley y, en todo caso, a los de igualdad y no discriminación”.

Tales excepciones, en cuanto a la preferencia en la adjudicación, se concretan en su disposición adicional octava, para los supuestos de contratación con empresas que tengan en su plantilla minusválidos y con entidades sin ánimo de lucro.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el artículo 115 de la Ley 18/2003, de 29 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas, establece también una cláusula de preferencia en la adjudicación a favor de empresas que contraten personas con discapacidad.

Igualmente el artículo 117 de la citada Ley 18/2003, establece otra cláusula de preferencia en materia de medio ambiente.

También el artículo 162.2 de la Ley 2/1999, de 31 de marzo, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, establece una preferencia al disponer que las cooperativas de trabajo asociado y las de segundo o ulterior grado que las agrupen gozarán de prioridad en caso de empate en los concursos y subastas para la adjudicación de los contratos de la Administración de la Junta de Andalucía.

Resulta claro que, al no estar el referido derecho de tanteo incluido entre los supuestos que la ley contempla como excepción a los principios que informan la contratación pública, tal preferencia debe considerarse que no está ajustada a derecho.

III.- CONCLUSIÓN.

En los términos expuestos en el informe la inclusión de una cláusula en un pliego por la que se le concede a un concesionario un derecho de tanteo sobre ampliaciones futuras del servicio propuestas por un tercero o por la propia Administración debe considerarse que no está ajustada a derecho.

Es todo cuanto se ha de informar.

