

SENTÈNCIA 98-52 DE 09 DE DESEMBRE DE 1998

**CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA. COMÚ D'ESCALDES-ENGORDANY. Concurs per a la construcció i explotació de determinats aparcaments. PLEC DE CONDICIONS:** s'ha d'atendre al que figura en l'expedient administratiu amb caràcter oficial. La Llei de contractació pública regula supletòriament la contractació dels Comuns. **GESTIÓ INDIRECTA DE SERVEIS PÚBLICS:** Límit temporal de cinc anys. **NORMES JURÍDIQUES:** *Costum contra legem*. **BÉNS PÚBLICS:** no són patrimonials els que es troben adscrit a la gestió d'un servei públic.

*Ponent: M.I. Sr. Albert Andrés Pereira*

#### ANTECEDENTS DE FET

**1r.-** La sentència de 2 d'abril de 1998 de la Secció Administrativa del Tribunal de Batlles, a la qual es fa expressa referència quant a l'exposició de fets i les al·legacions de les parts, va estimar parcialment la demanda formulada pels Srs. Víctor N.Z. i Joaquim D.M. contra l'acord del Comú d'Escaldes-Engordany d'11 de juny de 1997, que convocava un concurs públic d'àmbit internacional per a l'adjudicació, en règim de concessió administrativa, de la construcció i l'explotació de l'edifici de l'aparcament projectat al terreny anomenat P.G., l'explotació de l'aparcament situat al Centre C. i l'explotació dels aparcaments situats a la zona regulada.

L'esmentada sentència va declarar ajustat a Dret el plec de condicions impugnat en tot allò referent a la construcció i l'explotació de l'aparcament del P.G. i a l'explotació de l'aparcament del Centre C., i va anul·lar-lo en la part relativa a la concessió de l'explotació dels aparcaments de la zona regulada, en considerar incompatible el règim de la concessió administrativa amb la naturalesa dels espais de que es tracta com a béns de domini públic afectats a l'ús públic.

**2n.-** L'Administració demandada va interposar recurs d'apel·lació el 14 d'abril de 1998, el qual fou formalitzat davant d'aquest Tribunal Superior de Justícia el 15 de maig següent. Fonamenta la seva impugnació en el fet de que la major part dels aparcaments de l'anomenada "zona regulada" no es troben situats a les vies públiques, sinó en terrenys llogats pel Comú a particulars, els quals no poden ser classificats, en conseqüència, com a béns de domini públic. A més,

invoca que l'objecte del concurs públic litigiós es redueix en aquest punt a la gestió indirecta dels parquímetres, que pot perfectament adoptar la forma de concessió administrativa, ja que aquesta gestió no implica en cap cas l'exercici d'autoritat per part del concessionari.

**3r.-** La representació dels agents va formular igualment recurs d'apel·lació el 20 d'abril de 1998, que es va formalitzar davant d'aquesta Sala el 19 de maig següent. El recurs es basa en diferents al·legacions relatives a que la sentència impugnada ha obviat qualsevol pronunciament sobre l'alteració que s'ha produït en el plec de condicions, ja que la redacció que resulta de l'expedient administratiu no coincideix amb la que es va discutir en la sessió del Consell de Comú d'11 de juny de 1997; que ja existia un aparcament al terreny anomenat P.G. des d'abans de la convocatòria del concurs i que la seva gestió indirecta no pot atorgar-se per un període superior als cinc anys, d'acord amb l'article 31 de la Llei de contractació pública; i que l'aparcament de l'edifici de C. no té la consideració de bé patrimonial, sinó que el mateix plec de condicions impugnat el tracta com un bé afecte al servei públic. Formula a més altres al·legacions sobre una hipotètica vulneració de normes mercantils i laborals, sobre la qual va manifestar expressament en l'acte de la vista oral que ja no eren objecte d'impugnació.

**4t.-** El dia 21 de setembre de 1998 tingué lloc l'acte de la vista oral, en el qual les parts van exposar les consideracions més adients a la defensa de llurs interessos.

## FONAMENTS DE DRET

**Primer.-** La Sala Administrativa del Tribunal Superior de Justícia és competent per a conèixer del present recurs, segons l'article 39,3 de la Llei Qualificada de la Justícia.

**Segon.-** Com a qüestió preliminar, resulta necessari determinar el veritable contingut de l'acte administratiu impugnat, ja que ambdues parts discrepen sobre quina és la redacció definitiva del plec de condicions que va ser aprovat mitjançant l'acord del Comú d'Escaldes-Engordany que constitueix l'objecte d'aquest procés. En aquest sentit, els agents acompanyen a l'escrit de demanda una còpia d'un plec de condicions que conté diferències substancials respecte del que ha servit de base a l'Administració demandada per a la resolució del concurs públic litigiós, i afirmen que va ser el primer el que fou objecte de debat i

aprovació per part del Consell de Comú en la sessió celebrada l'11 de juny de 1997.

Davant la manca de qualsevol tipus de prova sobre aquest punt, ha de prevaler lògicament el contingut del plec de condicions que consta en l'expedient administratiu, únic que té el caràcter de document oficial, de manera que és aquest el que ha de ser confrontat amb les normes jurídiques que els recurrents consideren vulnerades.

**Tercer.-** Encara que la Llei de contractació pública de 30 de desembre de 1985 té primordialment per objecte la regulació dels contractes que celebrin l'Administració general i les entitats parapúbliques, com es desprèn del seu article 1r., regeix igualment de manera supletòria la contractació de les corporacions locals, davant l'absència d'altres normes que regulin específicament aquesta matèria, i així ha estat aplicada reiteradament per aquesta Sala.

En conseqüència, les Administracions comunals es troben vinculades, igual com ho està l'Administració general, pel límit temporal que estableix l'article 31.3 de la llei esmentada, segons el qual la gestió indirecta dels serveis públics no podrà tenir caràcter perpetu o indefinit, i se'n fixarà necessàriament la durada i les prorroques de que pugui ser objecte, sense que en cap cas pugui excedir el termini total de cinc anys.

**Quart.-** Han de ser desestimades les al·legacions de l'Administració demandada sobre el desús i manca de vigència d'aquest precepte, ja que no s'acredita suficientment aquesta circumstància, malgrat la invocació d'altres supòsits dels quals no consta que siguin equiparables al que ara s'examina i, sobre tot, pel fet de que l'aplicació d'un hipotètic costum *contra legem* es troba exclòs en l'àmbit del Dret administratiu andorrà, d'acord amb el sistema de fonts que conté l'article 6 del Codi de l'Administració, el qual es troba presidit pel principi de jerarquia normativa, de manera que els usos i costums tenen en aquest àmbit un valor merament supletori respecte de les normes preferents, entre les que s'inclouen les emanades del Consell General de les Valls, tal i com ja va declarar aquesta Sala en la sentència 95-33, de 6 de setembre de 1995.

És cert que el breu període de cinc anys que estableix l'article 31.3 de la Llei de 30 de desembre de 1985 com a termini màxim de durada del contracte per a la gestió indirecta d'un servei públic pot resultar inadequat per a resoldre les necessitats que planteja actualment la contractació pública, però no es pot oblidar que la funció dels tribunals és la d'aplicar les normes jurídiques vigents, sense que puguin substituir el legislador en la comesa de posar al dia els preceptes que ho requereixin.

**Cinquè.-** El contracte litigiós té per objecte: **a)** la construcció d'un aparcament per a vehicles automòbils i un pavelló poliesportiu; **b)** l'explotació del servei d'aquest aparcament; i **c)** l'explotació de l'aparcament situat a l'edifici de C. i els aparcaments de la zona regulada en la seva implantació actual i les possibles modificacions i ampliacions futures. És important resaltar el fet de que la construcció i l'explotació del servei poden adjudicar-se conjuntament o per separat, segons resulta de l'apartat 1.d) del plec de condicions.

La sentència apel·lada nega que el contracte tingui per objecte la gestió d'un servei públic en la part relativa a l'aparcament situat a l'edifici de C., ja que aquest immoble té la consideració de bé patrimonial i, com a conseqüència, la seva explotació ha de realitzar-se mitjançant les formes pròpies del dret privat.

Aquesta conclusió no pot ser compartida, ja que la construcció i millora dels aparcaments i estacionaments és definida com una de les competències del Comuns en l'article 4.9 de la Llei qualificada de 4 de novembre de 1993, de manera que l'Administració actua en aquest àmbit en l'exercici de les seves potestats públiques i no per obtenir un simple rendiment econòmic, com és propi de l'explotació dels béns patrimonials segons es desprèn de l'article 92 del Codi de l'Administració. En conseqüència, es tracta pròpiament de la gestió d'un servei públic, com afirma explícitament el plec de condicions objecte d'aquest procés.

Per tot això, quant a l'explotació de l'aparcament situat a l'edifici de C. i dels aparcaments de la zona regulada, l'objecte del concurs és exclusivament la gestió indirecta del corresponent servei i, per tant, resulta clarament aplicable la limitació temporal que estableix l'article 31.3 de la Llei de contractació pública, abans esmentada. En conseqüència, la fixació d'un termini màxim de vint-i-cinc anys per a la durada del contracte, que es conté en l'apartat 4 del plec de condicions, no resulta ajustada a Dret.

**Sisè.-** Els apartats 1.a) i 1.b) del mateix plec de condicions estableixen que el concurs té igualment per objecte la construcció d'un aparcament i d'un pavelló poliesportiu al terreny anomenat "P.G.", així com l'explotació posterior del servei d'aquest aparcament.

Es tracta, doncs, de la gestió indirecta d'un servei públic que comporta de forma inseparable l'ocupació privativa d'un bé immoble de domini públic que es troba destinat a la prestació d'aquell servei. En conseqüència, resulta aplicable l'article 91 del Codi de l'Administració, segons el qual la utilització dels béns afectats a serveis públics estarà sotmesa a les regles pròpies d'aquests serveis, la qual cosa comporta una remissió a les normes reguladores de la concessió, entre

les que es troba el termini màxim de vigència de cinc anys que estableix l'article 31.3 de la Llei de 30 de desembre de 1985, a que abans s'ha fet referència.

És cert que l'article 104 del Codi de l'Administració disposa que l'ocupació privativa de béns de domini públic que requereixi la realització d'obres de caràcter permanent es farà per un temps limitat que no podrà ultrapassar els noranta-nou anys, però cal tenir en compte que, en el cas que ara s'examina, aquesta ocupació té un caràcter merament instrumental respecte de la prestació del servei públic, per la qual cosa són aplicables de forma prioritària els preceptes reguladors del contracte de gestió de serveis.

D'altra banda, el plec de condicions contempla separadament la construcció de l'aparcament i la seva explotació, que de fet s'han adjudicat a dues empreses diferents, de manera que tampoc es dóna el supòsit de fet que contempla l'article 104 del Codi, que consisteix en la realització de les obres per part del mateix ocupant de l'immoble.

A més, i en qualsevol cas, l'obligada anul·lació del plec de condicions pel que fa a l'aparcament de C. i al de la zona regulada, segons les conclusions anteriors, ha de comportar també la de la part relativa a l'explotació de l'aparcament del P.G., ja que la gestió del servei es contempla com un tot inseparable, i no sembla que les condicions econòmiques ofertes pels concursants puguin tenir plena virtualitat pel que fa només a una part de l'objecte del contracte.

**Setè.-** Com a conseqüència de les consideracions precedents, procedeix estimar el recurs d'apel·lació que formulen els agents i desestimar el de l'Administració demandada, sense que sigui necessari examinar les restants al·legacions de les parts, atès especialment que la representació dels agents ha manifestat expressament que no segueix fent qüestió de la inicialment invocada vulneració de determinades normes mercantils i laborals.

## DECISIÓ

En atenció a tot el que s'ha exposat, el Tribunal Superior de Justícia, Sala Administrativa, en nom del poble andorrà, decideix:

**1r.-** Estimar el recurs d'apel·lació que formulen els Srs. Víctor N.Z. i Joaquim D.M. i desestimar l'interposat pel Comú d'Escaldes-Engordany contra la sentència de la Secció Administrativa del Tribunal del Batlles de 2 d'abril de 1998, la qual es revoca.

**2n.-** Estimar la demanda formulada pels agents contra l'acord del Comú d'Escaldes-Engordany d'11 de juny de 1997, pel qual es convocava concurs públic per a la construcció i l'explotació d'un aparcament situat al terreny anomenat "P.G.", així com l'explotació dels aparcaments del Centre C. i de la zona regulada, i s'aprovava el corresponent plec de condicions, el qual s'anul·la per no ser conforme a Dret.

Aquesta sentència és ferma i executiva.

Manem que una vegada s'hagi complert el que disposa l'article 76 de la Llei de la Jurisdicció Administrativa i Fiscal es lliurin els autes originals amb la certificació d'aquesta sentència al Tribunal de Batlles, Secció Administrativa del qual procedien, i que s'arxivin les actuacions del Tribunal.