

CONSULTES SOBRE NEGOCIS JURÍDICS RELATIUS AL PATRIMONI DELS ENS LOCALS

Albert Guilera i Planas¹
Associació Catalana de Municipis
Cap dels Serveis Jurídics

Sumari: 1. Gestió del bar d'una pista poliesportiva; 1.1. Delimitació entre contracte públic i concessió demanial; 1.2. La concessió demanial; 1.3. El contracte de concessió de serveis; 2. Instal·lació de màquines de venda automàtica (*vending*) a les dependències d'un consell comarcal; 3. Instal·lació d'un caixer automàtic en un municipi rural; 3.1. Concessió administrativa; 3.2. Contractació d'un servei de caixer automàtic; 4. Adquisició d'un habitatge provinent del tanteig i retracte de l'Agència de l'Habitatge de Catalunya; 5. Procediment per a seleccionar els arrendataris de dos pisos de propietat municipal; 5.1. Habitatge que es rehabilita amb una subvenció condicionada a l'arrendament futur; 5.2. Habitatge obtingut en exercici del dret de tanteig i retracte de l'Acord marc amb l'Agència de l'Habitatge de Catalunya.

La gestió del patrimoni dels ens locals i els negocis jurídics a través dels quals aquesta se substancia són objecte de consulta habitual als serveis jurídics de l'Associació Catalana de Municipis (ACM) com a conseqüència de la complexitat que es deriva del sistema de fonts aplicable (legislació bàsica de règim local, legislació bàsica de patrimoni de l'Estat, legislació de règim local de Catalunya, normativa patrimonial pública catalana, legislació de contractació pública, etc.), així com del fet que, si bé l'article 9 de la Llei 9/2017, del 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, del 26 de febrer de 2014, exclou del seu àmbit d'aplicació les relacions jurídiques, els negocis i els contractes en l'àmbit del domini públic i en l'àmbit patrimonial, la mateixa normativa patrimonial en certs casos remet a la legislació de contractació pública. Així, l'article 30.1 del Decret 336/1988, del 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament del patrimoni dels ens locals (RPEL), determina que l'adquisició de béns a títol onerosos requereix el compliment de les normes sobre contractació dels ens locals, i l'article 110.1 (no bàsic) de la Llei 33/2003, del 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques (LPAP), estableix:

Els contractes, convenis i altres negocis jurídics sobre béns i drets patrimonials es regeixen, quant a la seva preparació i adjudicació, per aquesta Llei i les seves disposicions de desplegament i, en el que no preveuen aquestes normes, per la legislació de contractes de les administracions públiques. Els seus efectes i la seva extinció es regeixen per aquesta Llei i les normes de dret privat.

1. Aquest article s'ha elaborat tenint en compte les aportacions dels membres dels serveis jurídics de l'ACM Àlex Tarroja Piera, Joan Ramon Casals i Mata, Pablo Fernández Flores i Berta Morató Vinyes.

En consideració a l'interès de la matèria, en aquest espai oferim alguns exemples de respostes que, des d'una perspectiva pràctica, s'han donat a consultes que els ens locals han plantejat en relació amb aquestes qüestions.

1. GESTIÓ DEL BAR D'UNA PISTA POLIESPORTIVA

Es planteja la necessitat d'encarregar la gestió del bar situat en una instal·lació esportiva municipal a una entitat privada, preferiblement un club esportiu sense ànim de lucre.

Atès que el bar es troba en un espai de domini públic, es planteja si la gestió s'hauria de vehicular mitjançant un contracte de serveis o de concessió de serveis regulat en la LCSP o bé mitjançant una concessió demanial subjecta a la normativa patrimonial.

1.1. DELIMITACIÓ ENTRE CONTRACTE PÚBLIC I CONCESSIÓ DEMANIAL

La delimitació entre el contracte públic i la concessió demanial no sempre és fàcil: en el primer cas, la relació jurídica s'articula per a satisfer un fi d'interès públic competència de l'Administració, mentre que el segon cas es troba més a prop de la mera autorització de l'ús d'un bé de domini públic per a la seva explotació privada. La jurisprudència i la doctrina han anat establint criteris per a diferenciar ambdues figures, però és una referència especial l'informe emès per la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat en relació amb l'expedient 87/18, relatiu al règim jurídic del contracte de cafeteria i restauració, en el qual s'ofereixen una pautes per a distingir un supòsit de l'altre partint de l'anàlisi de tres factors:

a) Predomini en la relació jurídica analitzada de la finalitat pública que l'Administració pretén aconseguir (ordenar jurídicament la titularitat d'un servei) o de l'interès privat consistent en l'aprofitament econòmic que s'obté de la instal·lació d'un negoci determinat sobre un bé demanial. Si el receptor del servei que presta l'adjudicatari privat no és la mateixa entitat contractant sinó un particular, sense que l'entitat pública tingui cap interès, ni tan sols remot o difús, en la prestació d'aquell servei, la relació jurídica respon més al concepte de *concessió demanial*.

b) Origen de la iniciativa de l'activitat: si la iniciativa és pública, la relació jurídica pot articular-se com un contracte públic, mentre que si la iniciativa prové d'una sol·licitud del particular interessat, estarem més aviat davant la sol·licitud d'autorització d'ús del domini públic.

c) Beneficiari de la utilitat de la relació jurídica establerta: si la beneficiària és l'entitat pública, encara que el servei es presti a favor dels usuaris, ens trobem en presència d'un contracte públic, mentre que si aquesta utilitat només arriba o beneficia el negoci privat en termes de rendibilitat o lucre, estarem davant d'una concessió demanial.

En tot cas, el concepte clau és la prevalença de l'interès públic del servei que es lícita, en contraposició amb l'interès privat del servei, que requereix l'ocupació privativa d'un bé de domini públic: en un contracte públic s'atén de manera primordial la satisfacció d'un interès

públic i l'Administració és la beneficiària encara que el destinatari final del servei (i fins i tot l'eventual pagador) sigui l'administrat o l'usuari, ja que la finalitat perseguida és obtenir una prestació que permeti a l'Administració intervinent oferir un millor servei públic.

Cal partir del reconeixement d'un marge de llibertat de l'ens local a l'hora de decidir la forma de gestió concreta dels serveis de la seva competència sobre la base de la seva potestat d'autoorganització municipal (art. 249.1 del Decret legislatiu 2/2003, del 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (TRLMRLC), sense oblidar que tota decisió discrecional es troba sotmesa a certes restriccions imposades per la normativa, a més dels límits formals i materials d'aplicació a tot acte administratiu. Els òrgans de contractació disposen d'una àmplia capacitat per a configurar les seves relacions jurídiques i la solució dependrà de com es configuri el negoci. En supòsits com el present, la gestió del bar d'un poliesportiu, tot dependrà de les característiques concretes de l'activitat licitada i de quin valor d'interès públic li atorgui l'ajuntament. En cas de dubte, la Junta Consultiva estatal remarca la conveniència d'aplicar la legislació de contractes del sector públic, perquè és la regulació més estricta i respectuosa amb la concurrència.

En el cas concret que es planteja, la voluntat de l'ajuntament és que l'adjudicatari assumeixi el risc operacional de l'activitat, per la qual cosa s'ha de descartar l'opció del contracte de serveis i s'ha de fer la tria entre un contracte de concessió de serveis i una concessió demanial.

Vegem a continuació les principals característiques de cada instrument jurídic.

1.2. LA CONCESSIÓ DEMANIAL

El sistema de fonts que regeix la legislació patrimonial en relació amb els ens locals és el següent:

a) En primer lloc, la normativa bàsica de règim local (Llei 7/1985, del 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local [LRBRL], i Reial decret legislatiu 781/1986, del 18 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local [TRRL]).

b) En segon lloc, els preceptes bàsics de la LPAP que siguin aplicables als ens locals (que són els que determina l'apartat cinquè de la disposició final segona, d'acord amb l'art. 2.2 de la LPAP), així com els articles que desenvolupen aquests preceptes bàsics del Reglament de desplegament de la LPAP (Reial decret 1373/2009).

c) En tercer lloc, la normativa catalana de règim local, és a dir, el TRLMRLC, i, pel que fa a la normativa patrimonial, el Reglament del patrimoni dels ens locals (RPEL).

d) Per acabar cal acudir, de manera supletòria, a la legislació estatal de caràcter no bàsic: és a dir, als preceptes no bàsics de la LPAP (els no mencionats per l'apartat cinquè de la disposició final segona de la LPAP) i als articles que desenvolupen aquests preceptes no bàsics del seu reglament de desplegament (Reial decret 1373/2009, del 28 d'agost, pel qual s'aprova el Reglament general de la Llei 33/2003, del 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques, així com al Reial decret 1372/1986, del 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de béns de les entitats locals [RBEL]).

Ja que es tracta de l'explotació del bar d'uns instal·lacions esportives municipals, des de la perspectiva del patrimoni ens trobem davant d'un ús privatiu en què s'ocupa una porció del domini públic i s'hi limita o se n'exclou l'ús per altres interessats (art. 85.3 LPAP, 57 RPEL i 218.4 TRLRMLC). Els títols habilitadors que corresponen a un ús privatiu per part d'un particular són:

- La llicència, si aquest ús privatiu no comporta transformació ni modificació del domini públic (art. 218.4 TRLRMLC i 57.2 RPEL).
- La concessió administrativa (art. 218.4 TRLRMLC i 59 RPEL).

La distinció entre si existeix o no modificació del domini públic pot ser difusa i difícil de determinar i depèn, en bona mesura, de les particularitats de cada supòsit concret, del criteri de cada entitat, etc. En general es considera que no hi ha transformació si l'ús s'efectua únicament amb instal·lacions desmuntables o béns mobles, mentre que si aquesta ocupació es duu a terme amb obres o instal·lacions fixes, cal que estigui emparada per la concessió administrativa corresponent. La determinació d'un o l'altre supòsit depèn de la justificació que se'n faci.

Les llicències s'atorguen directament als peticionaris que reuneixen les condicions requerides, excepte si el nombre és limitat, cas en què ho seran en règim de concurrència (art. 92.1 de la LPAP). Les concessions, en canvi, amb caràcter general s'atorguen en règim de concurrència, excepte els supòsits d'atorgament directe que preveu l'article 137.4 de la LPAP quan es donin circumstàncies excepcionals, degudament justificades, o en altres supòsits establerts en les lleis (art. 93.1 de la LPAP). D'entre aquestes circumstàncies especials que permetrien l'adjudicació directa, hi ha:

- Quan l'adjudicatari sigui una altra administració o una persona jurídica del sector públic o bé una entitat sense ànim de lucre, declarada d'utilitat pública. En el cas plantejat, si hi hagués una entitat esportiva interessada en la gestió del bar que hagués estat declarada d'utilitat pública, es podria valorar l'aplicació d'aquesta possibilitat.

- Quan l'immoble sigui necessari per a donar compliment a una funció de servei públic o a la realització d'un fi d'interès general per una persona diferent de les esmentades en l'apartat anterior. És difícil justificar aquesta opció perquè es tracta d'un bar o restaurant, i no d'una activitat de competència municipal, especialment si hi ha diverses entitats que se'n podrien fer càrrec.

- Quan sigui declarada deserta la subhasta o el concurs promogut per a l'alienació (en el cas d'una concessió, quedarà desert el procediment de concurrència per a assignar-la) o aquests resultin fallits com a conseqüència de l'incompliment de les seves obligacions per part de l'adjudicatari, sempre que no hagi transcorregut més d'un any des de la seva celebració.

En el cas de les llicències, la competència per al seu atorgament correspon a l'alcaldia (art. 60.1 del RPEL). En el cas de de les concessions, en canvi, la competència per al seu atorgament correspon al ple. Es requereix el vot favorable de la majoria absoluta del nombre legal de membres de la corporació quan les concessions s'atorguin per més de cinc anys i el valor dels béns de domini públic sigui superior al 10% dels recursos ordinaris del pressupost (art.

60.1 del RPEL i 221 del TRLMRLC). Les altres concessions també s'atorguen pel ple, però l'adopció de l'acord no requereix cap majoria reforçada i poden ser aprovades per la junta de govern local si en té la competència delegada (art. 60.2 del TRLMRLC).

1.3. EL CONTRACTE DE CONCESSIÓ DE SERVEIS

Es tracta d'un contracte típic regulat per la LCSP (art. 284-297) pel qual l'ajuntament encarrega a títol onerós a una o diverses persones, naturals o jurídiques, la gestió d'un servei la prestació del qual sigui de la seva titularitat o competència i la contrapartida del qual estigui constituïda pel dret a explotar els serveis objecte del contracte o per aquest dret acompanyat del de percebre un preu.

A diferència del contracte de serveis, en un contracte de concessió de serveis el dret d'explotació dels serveis comporta la *transferència al concessionari del risc operacional*. El risc operacional implica que el concessionari no té garantida, en condicions normals de funcionament, la recuperació de les inversions realitzades i haurà de cobrir els costos en què hagi incorregut com a conseqüència de l'explotació del servei que sigui objecte de la concessió. La part dels riscos transferits al concessionari suposa una exposició real a les incerteses del mercat que implica la possibilitat que el concessionari incorri en pèrdues que no siguin merament nominals o menyspreables.

En el cas d'un bar, el concessionari obtindrà la seva remuneració dels clients que abonin els preus corresponents al servei de begudes i aliments que s'hi ofereixin, i estarà subjecte a les oscil·lacions que experimenti la demanda dels usuaris, sense que l'administració concedent no li pugui garantir un nivell d'ingressos que n'asseguri la viabilitat davant de tota circumstància. L'administració concedent, però, té la potestat d'intervenir en la determinació de les tarifes, que no poden ser establertes unilateralment pel concessionari.

En definitiva, en el cas plantejat l'Ajuntament hauria d'optar entre el contracte de concessió de serveis i la concessió demanial, tenint en compte que, almenys teòricament, la via del contracte de concessió comporta una implicació més intensa de l'ens local perquè implica reconèixer l'interès públic de l'activitat, a diferència dels serveis que es presten en el marc d'una concessió demanial.

2. INSTAL·LACIÓ DE MÀQUINES DE VENDA AUTOMÀTICA (VENDING) A LES DEPENDÈNCIES D'UN CONSELL COMARCAL

Un consell comarcal demana quina fórmula jurídica es podria aplicar per a instal·lar un parell de màquines de vending expendedores de begudes i menjar a les seves oficines centrals, amb la possibilitat que l'empresa propietària de les màquines les instal·li sense cap cost per a l'ens local.

Tot i que no té caràcter bàsic, és oportú fer esment de l'article 89 de la LPAP, que regula supòsits com el que es planteja per als edificis administratius del patrimoni de l'Estat i que, com que no existeix una norma equivalent per a l'àmbit de Catalunya, seria d'aplicació supletòria al cas plantejat:

Article 89. Ocupació d'espais en edificis administratius

L'ocupació d'espais per tercers en els edificis administratius del patrimoni de l'Estat es pot admetre, amb caràcter excepcional, quan s'efectuï per donar suport a serveis dirigits al personal que hi està destinat o al públic visitant, com cafeteries, oficines bancàries, caixers automàtics, oficines postals o altres d'anàlegs, o per a l'explotació marginal d'espais no necessaris per als serveis administratius. Aquesta ocupació no pot entorpir o menyscar la utilització de l'immoble pels òrgans o les unitats que s'hi allotgen, i ha d'estar emparada per l'autorització corresponent, si s'efectua amb béns mobles o instal·lacions desmuntables, o concessió, si es produeix per mitjà d'instal·lacions fixes, o per un contracte que permeti l'ocupació, formalitzat d'acord amb el que preveu el Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques.

A partir d'aquesta norma entenem que la via jurídica més recomanable seria la d'atorgar una *licència* o *concessió administrativa* per a l'ús d'un espai de les dependències del consell comarcal per a la seva explotació privada. Aquesta figura es regeix per la normativa patrimonial i d'entrada es troba exclosa de l'àmbit d'aplicació de la LCSP (art. 9 de la LCSP).

Com que la instal·lació d'una màquina expenedora, tot i tractar-se d'un ús privatiu, no comporta ni la transformació ni la modificació del domini públic (es tracta d'un bé moble transportable), el títol habilitant que requereix és una *licència* (art. 218.4 del TRLMRLC), que, segons el que resulta de l'article 57.2 del RPEL, serà una *licència* d'ocupació temporal, en virtut de la qual s'origina una situació de possessió precària essencialment revocable per raons d'interès públic i amb dret a indemnització, si escau. En canvi, l'ús privatiu inherent a l'afectació dels béns i el que comporta la transformació o la modificació del domini públic, resta subjecte a una concessió administrativa. Segons l'article 86.2 de la LPAP, no bàsic, si l'ús privatiu que no comporta transformació ni modificació s'atorga per a un període superior a quatre anys, també restarà subjecte a una concessió. La legislació catalana no estableix el límit de quatre anys, però cal tenir en compte que, segons l'apartat 3 de l'article 92 de la LPAP, no bàsic però supletori, les autoritzacions s'han d'atorgar per a un temps determinat que com a màxim, incloses les pròrrogues, pot ser de quatre anys. Atès que, segons l'article 57.2 del RPEL, es tractaria d'una *licència* temporal, a manca de regulació autonòmica podem entendre d'aplicació el límit dels quatre anys, de tal manera que si es volgués atorgar un títol habilitador per a un termini més llarg, caldria tramitar una concessió.

Les principals diferències entre *licència* i *concessió* es troben en el seus respectius procediments d'atorgament i en l'òrgan competent per a atorgar-los:

— *Procediment*: malgrat que les *licències*, per regla general, s'atorguen directament als peticionaris que reuneixen les condicions requerides, en un supòsit com el plantejat, en què el nombre de màquines que es poden col·locar és limitat per raons d'espai i són diverses les empreses que s'hi poden interessar, s'hauria de seguir un procediment en règim de concurrència (art. 92.1 de la LPAP). Caldria convocar un concurs públic obert sotmès als principis de publicitat i de lliure concurrència, inspiradors de la gestió del patrimoni públic (art. 56.4 o 57.3 del RPEL), en el qual tot interessat pugui presentar una oferta. En el cas de la *concessió*, la regla general és l'aplicació del règim de concurrència, excepte que es donin circumstàncies excepcionals.

— *Competència*: l'atorgament de la llicència correspon a l'alcaldia o la presidència de l'ens local (art. 60.1 del RPEL) i l'atorgament de la concessió correspon al ple. Si la concessió fos per a un termini superior a cinc anys i el valor dels béns de domini públic fos superior al 10% dels recursos ordinaris del pressupost (art. 60.1 del RPEL i 221 del TRLMRLC), l'atorgament requeriria el vot favorable de la majoria absoluta de membres de la corporació local. En els altres casos no es requereix la majoria absoluta i la competència es pot delegar en la junta de govern local (art. 60.2 del TRLMRLC) o bé, tractant-se d'un consell comarcal, en la comissió permanent si així ho preveu el Reglament d'organització comarcal (ROC) (art. 17 del Decret legislatiu 4/2003, del 4 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'organització comarcal de Catalunya (TRLOC)).

— *Preu*: la llicència pot donar lloc a la percepció de *preus públics* (art. 58 del RPEL) o no, mentre que les concessions poden ser gratuïtes, poden atorgar-se amb contraprestació o condició, o poden estar subjectes a la taxa per utilització privativa o aprofitament especial de béns del domini públic (art. 93.4 de la LPAP). Si s'establís un preu públic o taxa, l'empresa adjudicatària en pagaria l'import al consell comarcal, però es quedaria els ingressos obtinguts de l'explotació de la màquina. Per aquesta via, el consell comarcal garantiria el servei de venda automàtica a les seves instal·lacions sense haver d'abonar cap quantitat i amb la possibilitat d'obtenir-ne un preu públic o taxa.

— La llicència pot ser revocada unilateralment per l'administració concedent en qualsevol moment per raons d'interès públic, sense generar un dret a indemnització quan resulti incompatible amb les condicions generals aprovades amb posterioritat, produeixi danys al domini públic, n'impeixi la utilització per a activitats de més interès públic o menyscabi l'ús general (art. 92.4 de la LPAP), si bé podrien donar-se altres circumstàncies que justifiquessin una indemnització. Les concessions, en canvi, poden ser resoltes per l'ens local abans del seu venciment si ho justifiquen les circumstàncies sobrevingudes d'interès públic, però el concessionari ha de ser rescablat dels danys que se li hagin produït (art. 61 del RPEL).

També es pot pensar en altres fórmules per a oferir el servei de màquines expenedores al consell comarcal, com ara mitjançant un contracte subjecte a la LCSP i no a la legislació patrimonial. El lliurament de màquines expenedores podria regular-se mitjançant un contracte típic de subministrament (art. 16 de la LCSP), en virtut del qual el consell comarcal arrendaria les màquines i subministraria la reposició de begudes i aliments a canvi d'un preu que hauria d'abonar el consell comarcal, el qual, per la seva banda, ingressaria els preus públics que abonarien els usuaris de les màquines per a accedir als diferents productes oferts. Si la prestació principal de subministrament de les màquines anés acompanyada d'algun tipus de servei, com ara el manteniment, la reparació d'avaries, etc., ens trobaríem davant d'un contracte mixt de subministrament i serveis.

3. INSTAL·LACIÓ D'UN CAIXER AUTOMÀTIC EN UN MUNICIPI RURAL

Es planteja la necessitat de dotar un municipi rural del servei de caixer automàtic, atès que cap entitat bancària no hi té presència.

Davant d'aquesta mancança i sens perjudici que puguin prosperar les iniciatives legislatives que tenen com a objectiu assegurar aquest servei a tots els municipis, així com altres mesures impulsades per les entitats supramunicipals i pels governs català i estatal, un ajuntament es pot plantejar la possibilitat de garantir aquest servei, entre altres vies, mitjançant una concessió administrativa per a la instal·lació d'un caixer automàtic en un espai de domini públic o bé mitjançant un contracte de serveis.

3.1. CONCESSIÓ ADMINISTRATIVA

La instal·lació d'un caixer en un edifici de titularitat municipal afecte a l'ús públic comporta la utilització privativa d'un bé demanial per una entitat financera, que pot articular-se a través d'una concessió administrativa, tenint en compte que l'ús comporta la transformació o modificació del domini públic (art. 3.1, 53.1, 55, 57 i 59 del RPEL).

En aquest cas, podem fer novament referència a l'article 89 de la LPAP, transcrit abans, si bé el supòsit no és exactament el mateix, ja que en el cas plantejat l'objectiu no és oferir un servei als empleats i als visitants de les oficines municipals, tal com preveu el precepte esmentat, sinó a tot el poble, atès que no es disposa d'altres possibilitats d'accés als serveis bancaris dins del mateix municipi.

Tant la LPAP com el RPEL estableixen que l'atorgament de concessions sobre béns de domini públic s'ha d'efectuar en règim de concurrència (art. 93 de la LPAP) o concurs (107.1 de la LPAP i 60.2 del RPEL). La via més garantista és tramitar el concurs per algun dels procediments previstos en la legislació contractual, que permet l'aplicació dels principis de lliure concurrència, publicitat, igualtat i no discriminació (de fet, el mateix art. 66.1 del RPEL fa referència al plec de clàusules administratives com a document necessari previ a l'adjudicació de la concessió).

Es pot plantejar la possibilitat d'una concessió en virtut de la qual l'ajuntament percebi un cànon de la concessionària, el qual s'afegiria a la taxa per ocupació del domini públic si aquest concepte es troba previst en les ordenances fiscals. L'adjudicatària hauria d'assumir despeses com ara el pagament d'un cànon, la taxa per l'ocupació del domini públic, si es troba prevista en les ordenances fiscals, les despeses de redacció del projecte i les de les obres d'adequació.

En definitiva, mitjançant la licitació d'una concessió administrativa s'obre la possibilitat que les entitats bancàries o altres entitats que poden oferir aquest servei, presentin una oferta per a instal·lar un caixer automàtic al municipi en un espai de domini públic. Tanmateix, atès que el problema que es vol resoldre té la seva causa en la manca d'interès de les entitats bancàries per a tenir presència als municipis rurals i poc poblats, és dubtós que la possibilitat d'optar a una concessió com la que es planteja els resulti atractiva, tenint en compte les despeses a què haurien de fer front, tot i que, segons com es configurés la concessió, podria ser més avantatjosa que no pas instal·lar el caixer en un espai privat.

3.2. CONTRACTACIÓ D'UN SERVEI DE CAIXER AUTOMÀTIC

A manca d'altres incentius, la via més efectiva per a assegurar la presència d'un caixer automàtic al municipi és la licitació d'un contracte públic en virtut del qual, en comptes de percebre'n un cànon i les taxes, l'ajuntament remuneraria l'entitat adjudicatària per la instal·lació del caixer. Aquesta ha estat l'opció per la qual s'han decantat molts ens locals, ja sigui a través d'un contracte de serveis, ja sigui amb un contracte de concessió de serveis, segons si el risc operacional és assumit per l'ens local o per l'entitat financera. En tot cas, es passaria de cobrar un cànon a pagar a l'entitat per la prestació del servei, opció que tindria una clar efecte incentivador i reduiria el risc que la licitació quedés deserta. En aquesta línia, també es podrien oferir altres avantatges per a fer més atractiva la proposta als ulls dels possibles licitadors.

A partir de la informació obtinguda de diferents ajuntaments que han licitat aquest servei, s'ha comprovat que la majoria de contractes es plantegen com a contracte mixt de subministrament, instal·lació i manteniment d'un caixer automàtic. Per a la selecció de l'adjudicatari s'apliquen criteris automàtics (import del subministrament, import de les comissions, reducció del termini en cas d'avaria) i criteris subjectes a judicis de valor en relació amb el projecte (forma de prestació del servei de manteniment, característiques tècniques del caixer, característiques d'accessibilitat al caixer i adaptacions d'aquest per a les persones amb necessitats especials, etc.).

En cas de promoure una licitació del servei, caldria tenir en compte les qüestions següents:

— La necessitat del contracte (art. 28 de la LCSP) quedaria justificada per la dificultat d'accés de la població als serveis bancaris després que se n'hagi reduït la presència als municipis amb menys habitants, fet que ha generat un problema d'exclusió financera, sobretot per als col·lectius de la gent gran, les persones amb dificultats de mobilitat i les persones poc familiaritzades amb el funcionament dels mitjans digitals, així com pel fet que l'ajuntament no disposa d'equipaments ni de recursos tècnics especialitzats per a la prestació del servei.

— L'entitat adjudicatària hauria d'estar qualificada com a «entitat de pagament» als efectes de l'article 5 del Reial decret llei 19/2018, del 23 de novembre, de serveis de pagament i altres mesures urgents en matèria financera.

— Es tractaria d'un contracte privat, ja que tindria per objecte serveis d'intermediació financera (art. 25.1.1r de la LCSP).

— Pel que fa als criteris d'adjudicació, es podria justificar la utilització de criteris únicament automàtics, basats, per exemple, en puntuacions que se sumen per cada nou servei que s'ofereixi (retirada d'efectiu, ingrés d'efectiu, pagament de rebuts, lector de llibretes, recàrrega de mòbils, etc.) i altres millores com ara l'eliminació de les comissions. Tanmateix, com ja hem indicat, també s'hi podrien tenir en compte criteris subjectes a judicis de valor en relació amb el projecte (forma de prestació del servei de manteniment, característiques tècniques del caixer, característiques d'accessibilitat, etc.).

— El pressupost base del contracte hauria d'incloure tots els costos directes i indirectes derivats del servei (manteniment dels caixers, personal associat al servei, llicències necessàries, manteniment del *software*, sistemes de seguretat, etc.).

4. ADQUISICIÓ D'UN HABITATGE PROVINENT DEL TANTEIG I RETRACTE DE L'AGÈNCIA DE L'HABITATGE DE CATALUNYA

Es planteja com ha de procedir un ajuntament adherit a l'Acord marc per a l'adquisició d'habitatges provinents del tanteig i retracte i la compra directa per a destinar a lloguer social de l'Agència de l'Habitatge de Catalunya (AHC).

Les ofertes d'habitatges subjectes a l'exercici dels drets de tanteig i retracte de què gaudeix l'AHC en virtut del Decret llei 1/2015, del 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització d'habitatges provinents de processos d'execució hipotecària, es publiquen a l'entorn web de l'Agència, al qual tenen accés els ajuntaments adherits a l'Acord marc. Segons l'apartat setè de l'Acord, per a l'adjudicació dels habitatges oferts tenen prioritat els municipis, les entitats que en depenen i les empreses públiques d'àmbit municipal on es trobin ubicats els habitatges. En cas que l'ajuntament o l'entitat municipal no es presenti a l'oferta, els habitatges s'han de destinar a les diferents entitats socials que hagin manifestat l'interès a adquirir habitatges, amb el finançament i en les condicions que s'hi estableixen.

Els ens locals tenen capacitat jurídica plena per a adquirir tota classe de béns i drets i per a posseir-los, i també per a exercir les accions i els recursos procedents en defensa del seu patrimoni (art. 206.1 del TRLMRLC). La normativa reguladora del patrimoni dels ens locals estableix, per als supòsits d'adquisició onerosa d'un bé, el compliment de les normes sobre contractació dels ens locals (art. 30 del RPEL), si bé és possible, com a excepció, l'adquisició directa quan ho requereixin les peculiaritats dels béns, les necessitats del servei que s'ha de satisfer o les limitacions del mercat immobiliari, i alguns supòsits d'urgència extrema (art. 30 del RPEL i 206 del TRLMRLC).

Entenem que el cas plantejat, en què es tracta d'habitatges provinents de l'exercici dels drets de tanteig i retracte d'acord amb el Decret llei 1/2015, del 24 de març, s'insereix, per la seva naturalesa excepcional, en els supòsits habilitadors als quals fa referència l'article 206 del TRLMRLC que permeten l'adquisició directa de l'immoble.

Pel que fa al procediment, com que es tracta d'una adquisició directa, caldrà, a més d'una valoració pericial, disposar de l'informe previ del departament competent en matèria d'Administració local si el valor dels béns excedeix els 100.000 €. En la resta de casos, i també en el supòsit d'urgència extrema, seria suficient incorporar-hi l'informe del secretari municipal.

La competència per a l'adquisició correspon al ple quan el valor del bé adquirit superi el 10% dels recursos ordinaris del pressupost i, en tot cas, quan sigui superior a 3.005.060,52 € (art. 52.2p del TRLMRLC), i a l'alcaldia en la resta de casos (art. 53.1q del TRLMRLC).

Aquestes previsions entren en una lleu contradicció amb l'apartat 9 de la disposició addicional segona de la LCSP, que substitueix la xifra de 3.005.060,52 € per la de 3.000.000 €, però entenem aplicables les previsions del TRLMRLC d'acord amb el principi d'especialitat, en la línia del posicionament de la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya en el seu Informe 14/2023, del 4 de maig. També existeix una contradicció amb el RPEL, però, en tot cas, per jerarquia normativa ha de prevaldre allò establert en la Llei.

D'acord amb el que s'ha exposat, l'expedient de compra hauria de contenir:

— La resolució de l'AHC d'exercici del tanteig i retracte a favor de l'ajuntament (d'acord amb tot el procediment regulat per l'Acord marc).

— El certificat del secretari municipal en què s'expliciti la circumstància excepcional justificativa de l'adquisició directa de l'immoble, d'acord amb el Decret llei 1/2015, del 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització d'habitatges provinents de processos d'execució hipotecària.

— L'informe del tècnic corresponent sobre la valoració pericial de l'immoble que es vol adquirir.

— L'informe favorable del departament competent de la Generalitat (si el valor del bé immoble és superior a 100.000 €).

— El plec de clàusules administratives particulars que regiran el contracte de compra-venda de l'immoble.

— L'informe del secretari en què s'acredita el tant per cent dels recursos ordinaris del pressupost municipal que representa l'import de compra de l'immoble, a l'efecte de determinar la competència per a l'aprovació de la compra.

Adicionalment, hi ha un seguit de documents que també haurien de constar a l'expedient però que no deriven de la normativa patrimonial, sinó de normativa sectorial d'àmbits com el pressupostari i l'urbanístic, com ara el certificat de compatibilitat urbanística de l'ús de la finca amb la finalitat que se li vol donar o l'informe de l'interventor en relació amb la subjecció de l'adquisició de la finca als principis d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera, així com amb l'existència crèdit disponible.

D'altra banda, si bé entenem que en aquest cas ens trobem davant d'un supòsit en què es pot optar per l'adquisició directa de l'immoble, hi ha qui defensa que, en un cas com aquest, s'hauria de tramitar un procediment negociat sense publicitat de la LCSP amb un únic participant.

5. PROCEDIMENT PER A SELECCIONAR ELS ARRENDATARIS DE DOS PISOS DE PROPIETAT MUNICIPAL

Seguint el cas presentat en l'apartat anterior, se'ns planteja, d'una banda, quins procediments haurà de seguir l'ajuntament per a arrendar l'immoble adquirit a partir de l'exercici del dret de tanteig i retracte i, de l'altra, com s'ha de procedir per a arrendar un altre habitatge de propietat municipal que s'ha rehabilitat amb l'import d'una subvenció condicionada a destinar-lo a lloguer en els termes següents:

Els ens beneficiaris hauran de posar els habitatges en règim de lloguer un mínim de 10 anys, garantint que aquest sigui l'habitatge habitual dels llogaters. Un cop acabada l'actuació subvencionada, l'edificació residencial pública haurà de destinar-se al lloguer de primera residència.

Procedirem a analitzar cadascun dels supòsits plantejats.

5.1. HABITATGE QUE ES REHABILITA AMB UNA SUBVENCIÓ CONDICIONADA A L'ARRENDAMENT FUTUR

L'explotació dels béns patrimonials es pot fer a través de qualsevol negoci jurídic, típic o atípic, com ara l'arrendament (art. 106.1 de la LPAP). Com a regla general, segons l'article 219 del TRLMRLC, els béns patrimonials dels ens locals s'han d'administrar d'acord amb els criteris de màxima rendibilitat en les condicions usuales de la pràctica civil i mercantil. Segons el mateix precepte, l'arrendament o qualsevol altra forma de cessió de l'ús s'ha de fer per mitjà d'una subhasta pública o, excepcionalment, un concurs.

Cal posar en relació les previsions anteriors amb les prescripcions de l'article 107 de la LPAP, de caràcter bàsic, segons el qual els contractes d'arrendament s'adjudiquen per *concurso* excepte en els casos d'adjudicació directa (per les peculiaritats del bé, la limitació de la demanda, la urgència resultant d'esdeveniments imprevisibles o la singularitat de l'operació).

En el mateix sentit, l'article 72.3 del RPEL determina:

[...] no obstant el que preveu l'apartat anterior, els ens locals poden valorar motivacions de prestació de serveis socials, promoció i reinserció socials, activitats culturals i esportives, promoció urbanística, foment del turisme, ocupació del temps lliure, o altres anàlogues, que facin prevaler una rendibilitat social per damunt de la rendibilitat econòmica.

Com es pot observar, en aquest punt existeix una contradicció entre el concurs imposat per la LPAP, d'una banda, i el que estableixen els articles 219.2 del TRLMRLC i 72.2 del RPEL, en virtut dels quals l'arrendament i qualsevol altra forma de cessió d'ús dels béns patrimonials s'han de fer mitjançant *subhasta pública* o, excepcionalment, *concurso*. Ja que l'article 107.1 de la LPAP té caràcter bàsic, entenem que preval i, en conseqüència, si no es pot justificar l'adjudicació directa de l'arrendament, s'haurà d'aplicar un procediment de concurs.

Per a la tramitació d'un procediment obert, el reglament de desplegament de la LPAP (el Reial decret 1373/2009) estableix unes previsions respecte a aquesta qüestió. Entre aquestes, hi ha la que estableix que en el procediment d'adjudicació de l'explotació de béns, juntament amb la memòria que justifiqui els motius que aconsellen aquesta explotació, cal aportar a l'expedient un plec de condicions del concurs que haurà de contenir almenys els punts següents:

- a) Descripció tècnica i jurídica del bé o dret d'explotació del qual es dirimeix, incloent-hi, si escau, les certificacions registral i cadastral.
- b) Criteris d'adjudicació i forma de valoració i ponderació.
- c) Condicions per les quals es regirà l'explotació.
- d) Garanties que s'han de constituir per al compliment adequat de l'explotació i formes o modalitats que puguin adoptar.
- e) Model de presentació d'ofertes i mode en què es desenvoluparà la licitació.

Complementàriament, els articles 73 i 74 del RPEL inclouen les previsions següents:

Article 73

En l'expedient de cessió de l'ús d'un bé patrimonial, la competència del qual és del ple, ha de quedar justificada l'oportunitat o la conveniència, i s'ha d'acreditar el caràcter patrimonial del bé i la valoració tècnica.

Article 74

Els efectes de l'arrendament o qualsevol altra forma de cessió d'ús s'han de regir per les normes de dret privat que siguin d'aplicació, atesa la naturalesa del bé.

5.2. HABITATGE OBTINGUT EN EXERCICI DEL DRET DE TANTEIG I RETRACTE DE L'ACORD MARC AMB L'AGÈNCIA DE L'HABITATGE DE CATALUNYA

Els habitatges adquirits a l'empara de l'Acord marc de l'AHC han de ser qualificats de protecció oficial i, d'altra banda, els ajuntaments han de complir amb el seguit d'obligacions que determina el mateix Acord marc en funció de si l'immoble s'adquireix amb finançament de l'Institut Català de Finances (ICF) o no.

Si l'immoble s'adquireix sense finançament de l'ICF, els ajuntaments resten obligats a (punt quart de l'Acord marc):

- a) Instar la qualificació dels habitatges com a habitatges amb protecció oficial de règim general, o la modalitat que el substitueixi, destinats a lloguer pel període mínim de 30 anys.
- b) Destinar els habitatges a lloguer o cessió d'ús onerosa per a unitats de convivència amb ingressos no superiors a 4,5 vegades l'IRSC.

Si l'immoble s'adquireix amb la línia de finançament de l'ICF, els ajuntaments resten obligats a (punt cinquè de l'Acord marc):

- a) Constituir un dret temporal de propietat amb l'AHC. En aquest cas, l'ajuntament hauria hagut d'adquirir l'habitatge en règim de propietat temporal d'acord amb l'article 547 del Codi Civil de Catalunya i establir-ne la titularitat successiva a favor de l'AHC.
- b) Instar la qualificació de protecció oficial dels habitatges a lloguer pel període equivalent a la vigència del préstec bonificat i amb el compromís de destinar els habitatges a lloguer social durant tot el temps en què es mantingui el règim de propietat temporal, el qual es fixarà per un màxim de 75 anys.
- c) Destinar els habitatges a lloguer o cessió d'ús onerosa per a unitats de convivència amb ingressos no superiors a 3,5 vegades l'IRSC.
- d) El lloguer/cànon contractual màxim mentre estigui vigent el préstec serà el que correspongui a un habitatge amb protecció oficial de règim general o tipologia que el substitueixi en el moment de la subscripció dels corresponent contracte de lloguer o cessió d'ús.

Una vegada amortitzat el préstec, els habitatges hauran de continuar destinant-se al lloguer o cessió d'ús, i la renda màxima permesa serà la corresponent a la xifra inferior entre el mòdul aplicable als habitatges amb protecció oficial en règim general, o la tipologia que el substitueixi, i la que resultaria d'aplicar una deducció del 25% sobre la mitjana del lloguer de mercat corresponent al municipi en què es trobi l'habitatge.

Per acabar, cal recordar que la normativa patrimonial també admet la possibilitat de portar a terme cessions gratuïtes directes (art. 211 i 212 del TRLMRLC) o cessions d'ús directes a precari (art. 75 i seg. del RPEL) per raons d'interès públic, si bé entenem que no seria d'aplicació al cas plantejat.