



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 30 de setembre de 2010

Informe 3/2010, de 30 de setembre de 2010. Contractes de gestió de servei públic: la concessió administrativa. La reversió dels béns

Antecedents

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

Actualment s'està redactant i preparant l'expedient que ha de regir la nova concessió administrativa de gestió del servei públic d'aigua potable en Can Picafort i Son Serra de Marina, com a conseqüència de la finalització del contracte anterior.

Als efectes de liquidar el contracte anterior, és del tot necessari redactar el corresponent inventari de la totalitat dels béns i de les instal·lacions afectes a la concessió d'aquest servei públic, per tal de procedir a la seva reversió a favor de l'Ajuntament de Santa Margalida.

Existeix una discrepància entre la concessionària del servei (SOREA) i aquest Ajuntament sobre la relació de béns revertibles, concretament pel que fa a la reversió dels cinc sondejors de Can Maties A-7400, A-7401, A-7475, A-7476 i CAT-723 amb el cabal necessari per a la continuació de la prestació del servei públic.

S'acompanyen a aquesta sol·licitud de dictamen una còpia de la totalitat de l'expedient en format paper i format digital DVD, on consten de manera detallada els antecedents per dictaminar les qüestions que es formulen.

De la mateixa manera es remet còpia de l'informe jurídic de data 17 de maig de 2010 emès pel lletrat, Sr. Agustí Cerveró Sánchez Capilla.

Per tot això, aquesta Batlia, amb l'objecte de conèixer la vostra interpretació respecte d'aquestes qüestions, i en virtut del què estableixen els articles 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva, i 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, us sol·licit, amb caràcter urgent, un informe sobre les qüestions que a continuació es plantegen:



I. Si com a conseqüència de la caducitat de la concessió de la gestió del servei públic de subministrament d'aigua potable de Can Picafort i Son Serra de Marina, per venciment del termini concessional, s'ha de procedir a la reversió, com a un conjunt unitari on s'inclouen totes les instal·lacions, dipòsits, canonades, restants elements per a la prestació d'aquest servei municipal i, en particular, dels cinc sondejors de Can Maties A-7400, A-7401, A-7475, A-7476 i CAT-723 amb el cabal necessari per a la continuació de la prestació del servei públic.

II. Si com a conseqüència de la caducitat de la concessió del servei públic de subministrament d'aigua potable de Can Picafort i Son Serra de Marina, per venciment del termini concessional, s'ha de procedir a indemnitzar l'empresa concessionària en la quantitat que es troba pendent d'amortitzar, així com de qualsevol altra quantitat que s'acrediti per la no actualització de les tarifes. Aquesta indemnització seria actualitzada el dia que s'atorgués l'inventari de la totalitat de les obres i de les instal·lacions afectes a la concessió de servei públic que serà objecte de reversió a l'Ajuntament de Santa Margalida.

III. Si les accions administratives i, en el seu cas, judicials que podria exercir l'Ajuntament de Santa Margalida per al cas d'incompliment de la reversió total del servei, són la resolució contractual, la incautació de la fiança i la petició d'indemnització pels danys o perjudicis que pugui sofrir l'administració municipal. Aquestes accions han de seguir el procediment administratiu en primera instància i, si n'és el cas, el procediment judicial contenciós-administratiu, atès que es tracta de la interpretació d'un contracte administratiu.

2. El batle de l'Ajuntament de Santa Margalida està legitimat per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació, de conformitat amb la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. 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 tres qüestions relacionades amb la finalització d'una concessió administrativa. La primera es refereix a si determinats béns han de revertir a l'Ajuntament com a conseqüència de l'extinció de la concessió. La segona fa referència a si s'ha d'indemnitzar l'empresa concessionària per l'import de les inversions que no s'hagin amortitzat i per la manca d'actualització de tarifes, i la tercera, a les accions administratives i, si escau, judicials que es poden exercir en el cas d'incompliment de la reversió total del servei.



Amb caràcter previ, s'ha d'assenyalar que els informes de la Junta Consultiva no poden substituir, en cap cas, els informes preceptius dels serveis jurídics corresponents, ni poden pronunciar-se, amb caràcter general, per resoldre qüestions concretes d'un expedient, sinó que han d'interpretar la normativa de contractació pública en els aspectes que presentin algun dubte o alguna contradicció, i sempre des de la perspectiva que aquestes interpretacions puguin ser d'interès general.

En conseqüència, les consideracions que es fan en aquest Informe són de caràcter general, sense entrar a analitzar l'expedient de contractació concret a què es refereix aquesta consulta.

2. La concessió administrativa constitueix la forma més típica de gestió indirecta dels serveis públics, i es caracteritza per la transferència o la cessió a un particular d'una esfera d'actuació originàriament administrativa, produint-se una escissió entre la titularitat del servei —que roman en l'Administració pública concedent— i la gestió del servei —que s'encarrega a un particular, que assumeix el risc econòmic de l'explotació.

Així, doncs, la concessió és un contracte en virtut del qual l'Administració encarrega a un particular la gestió d'un servei de la seva competència, servei que ha de gestionar al seu propi risc i ventura.

L'extinció normal de la concessió administrativa es produeix per la finalització del termini de durada del contracte i genera, com a efecte, la reversió a l'Administració del servei públic i de les obres i les instal·lacions necessàries per al seu funcionament, de manera que la reversió esdevé imprescindible perquè es pugui continuar la prestació d'un servei públic.

Per tant, la reversió suposa la consolidació, en una única persona —l'Administració—, de la titularitat i de la gestió del servei públic, que fins en aquell moment estaven separades, i el traspàs a l'Administració dels elements materials que constitueixen els elements essencials o indispensables per prestar el servei.

En conseqüència, amb caràcter general, el contractista ha de lliurar a l'Administració, de manera gratuïta i sense indemnització, els béns a què estigui obligat d'acord amb el contracte, en un estat de conservació i funcionament adequat, sens perjudici que hi puguin haver situacions en què únicament es



produeixi la reversió del títol que habilita per a la gestió del servei sense el traspàs dels elements materials.

Cal tenir en compte que en aquests contractes el concessionari s'obliga a construir o adquirir els elements necessaris per poder prestar el servei públic, organitzar-lo i posar-lo en funcionament, en les condicions pactades amb l'Administració, i que, per tant, atès que la concessió té una durada limitada, no és del tot estrany que quan conclou el termini de concessió pugui sorgir un dubte quant a la determinació dels béns que estan subjectes a la reversió, tal com és el cas que se sotmet a consulta.

Així, la Sentència del Tribunal Suprem de 2 de març de 1987 ja sostenia el següent:

Es por esta concurrencia de intereses que surge la cuestión de la reversión; porque el concesionario tratará de llevarse sus aportaciones y la Administración concedente intentará quedarse con ellas para dar efectividad al principio de continuidad del servicio público en beneficio del interés general; y esta lógica continuidad del servicio rechaza, en principio, la desintegración de sus elementos de prestación porque la Administración habrá de seguir dando el servicio una vez acabada la concesión y para ello necesitará normalmente utilizar los mismos elementos que integran la explotación, ya estuvieren funcionando y adscritos al servicio, ya estuviesen destinados a él.

3. La regulació dels contractes de gestió de servei públic i, en particular, de les concessions administratives, es troba, d'una banda, en la normativa de règim local, i, de l'altra, en la normativa reguladora de la contractació pública.

L'anàlisi de l'evolució normativa en matèria de reversió posa de manifest la importància que determinats béns i instal·lacions reverteixin a l'Administració amb la finalitat que es pugui continuar la prestació del servei públic en benefici de l'interès general. No obstant això, la legislació que regula o ha regulat aquesta qüestió no és gaire aclaridora quant a la concreció dels béns que han de revertir, més enllà del fet que han de figurar en el contracte, i, per tant, dependrà de cada cas.

Quant a la normativa específica en l'àmbit local, cal destacar la Llei de règim local de 1955, especialment l'article 163, que disposava que en les concessions s'han d'assenyalar les condicions de la reversió total o parcial, i també que s'han d'establir les garanties perquè, en finalitzar el conveni, les instal·lacions, els béns i



el material integrant del servei revertixin al patrimoni municipal en condicions d'ús.

El Reglament de serveis de les corporacions locals, aprovat pel Decret de 17 de juny de 1955, regula la concessió de serveis públics en els articles 114 a 137 i estableix, respecte de la reversió, en l'article 115, el següent:

En toda concesión de servicios se fijarán las cláusulas con arreglo a las cuales se otorgare, que serán las que se juzguen convenientes y, como mínimo, las siguientes:

[...]

2ª) Obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión, y obras e instalaciones a su cargo, pero no comprendidas en aquélla.

Aquests dos articles, que estan adreçats a assegurar la continuïtat del servei una vegada extingida la concessió, han estat analitzats per la jurisprudència del Tribunal Suprem, que ha destacat, d'una banda, que en la concessió es poden acordar les clàusules que s'estimin convenientes, per la qual cosa s'ha donat plena validesa i carta de naturalesa a l'autonomia de la voluntat com a primera font de la concessió, i, d'una altra, que la reversió pot ser total o parcial. El Tribunal, en la Sentència de 2 de març de 1987, s'expressa en els termes següents:

[...] resulta con la máxima claridad que en la concesión de servicios municipales puede haber obras e instalaciones que habrá de hacer el concesionario y que quedarán sujetas a reversión y otras que irán también a su cargo, pero que no habrán de revertir al término de la concesión a la Administración; con lo que se sienta como dogma para esta cuestión el de la autonomía de la voluntad y se consagra en esto el principio del "pacta sunt servanda" común en la contratación en general y en la administrativa en particular como aplicó este Tribunal en su Sentencia de 13 de junio de 1986.

En aquest mateix sentit s'expressa el Tribunal Suprem en la Sentència de 18 d'abril de 1989.

Finalment, per garantir que la reversió es pot efectuar en els termes pactats, l'article 128 del Reglament de serveis de les corporacions locals prohibeix al concessionari alienar o gravar els béns afectes a la concessió que hagin de revertir a l'entitat concedent, llevat que hi hagi una autorització expressa de la corporació.

Pel que fa a la normativa específica en matèria de contractació, el Text articulat



de la Llei de contractes de l'Estat, aprovat pel Decret 923/1965, de 8 d'abril, regulava el contracte de gestió de serveis públics en els articles 62 a 82. L'article 78 disposava el següent:

Cuando finalice el plazo contractual el servicio revertirá a la Administración, debiendo el empresario entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato, y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Durante un período prudencial anterior a la reversión, deberá el órgano de la Administración competente adoptar las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.

L'article 231 del Reglament general de contractació de l'Estat, aprovat pel Decret 3410/1975, de 25 de novembre, s'expressava en els mateixos termes.

Amb una redacció quasi idèntica s'han pronunciat les lleis de contractes posteriors, en concret, en l'article 165 de la Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques; en l'article 164 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, i, finalment, en l'article 259 de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, el qual estableix el següent:

1. Quan finalitzi el termini contractual el servei ha de revertir a l'Administració, i el contractista ha de lliurar les obres i instal·lacions a què estigui obligat d'acord amb el contracte i en l'estat de conservació i funcionament adequats.

2. Durant un període prudencial anterior a la reversió, que s'ha de fixar en el plec, l'òrgan competent de l'Administració ha d'adoptar les disposicions encaminades a fer que el lliurament dels béns es dugui a terme en les condicions convingudes.

Per tant, tots els preceptes esmentats disposen que el contractista ha de lliurar a l'Administració "les obres i instal·lacions a què estigui obligat d'acord amb el contracte", sense una especificació clara de quins béns estan subjectes a la reversió, tot i que s'ha de tenir en compte la necessitat de garantir la continuació en la prestació del servei.

En definitiva, per resoldre el cas concret que se sotmet a consulta, l'Ajuntament ha d'analitzar les previsions del contracte quant als béns i les instal·lacions que han de revertir a l'Administració.



4. La segona qüestió que es planteja fa referència a si s'ha d'indemnitzar l'empresa concessionària per l'import de les inversions que no s'hagin amortitzat i per la manca d'actualització de tarifes.

D'acord amb la normativa esmentada, la reversió és, en essència, gratuïta i, amb caràcter general, es pot considerar que l'Administració no ha de satisfer cap import atès que cal entendre que, durant la concessió, el concessionari ha vist compensada la seva inversió, tot i que, segons el parer d'aquesta Junta Consultiva, s'ha d'estar al que resulti, en cada cas, de la liquidació del contracte.

Els articles 126.2 *b* i 129.3 del Reglament de serveis de les corporacions locals es refereixen a la retribució econòmica del concessionari, i, en concret, fan referència, respectivament, a “la necessària amortització, durant el termini de la concessió, del cost d'establiment del servei”, i al fet que la retribució prevista per al concessionari ha de permetre, “mitjançant una bona i ordenada administració, amortitzar durant el termini de la concessió el cost d'establiment del servei i cobrir les despeses d'explotació i un marge normal de benefici industrial”.

La jurisprudència del Tribunal Suprem també s'ha pronunciat en aquesta línia, i ha entès que la reversió gratuïta és essencial a la finalització del termini de concessió, al contrari dels casos de rescat i venciment anticipat, atès que s'ha d'estimar que el concessionari ha amortitzat durant el termini de concessió el cost d'establiment del servei per mitjà de la retribució que ha obtingut. En aquest sentit es pronuncia la Sentència de 7 de juny de 1988.

Igualment, la Sentència de 29 de maig de 2000 estableix el següent:

SEPTIMO.- [...] el principio de reversión (gratuita) se basa en que se estima que el concesionario ha amortizado el coste de las instalaciones sujetas a reversión, o ha debido amortizarlo, [...] tanto el artículo 163 de la Ley de Régimen Local de 1955, como el 115 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, parten de la base de que al término de la concesión determinados bienes del servicio deben revertir al patrimonio municipal. El principio de que al extinguirse una concesión administrativa de servicio público deben revertir a la Administración los bienes e instalaciones necesarios para la prestación del servicio, que la empresa concesionaria ha debido amortizar durante el tiempo de duración de la concesión, es una consecuencia lógica de que la titularidad del servicio corresponde a la Administración y de que ésta, al extinguirse la concesión, debe continuar prestando dicho servicio, que en el caso de autos era un servicio público de primera necesidad (el suministro y abastecimiento de agua potable a la ciudad de Alzira y su término municipal). Por ello el



artículo 126.2 letra b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece que en el régimen de la concesión de servicios públicos se diferenciará la retribución económica del concesionario, cuyo equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servicio para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso “y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de la concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho”, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial. Y el artículo 129.3 dispone que, en todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión “el costo de establecimiento del servicio” y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial. La retribución económica del concesionario debe ser pues suficiente para asegurar la amortización, durante el plazo de la concesión, del coste del establecimiento del servicio, porque las instalaciones que son necesarias para dicho establecimiento han de revertir gratuitamente a la Administración al término de la concesión y deben estar amortizadas, siendo indiferente al respecto que la empresa concesionaria las haya o no amortizado.

[...]

OCTAVO.- [...] El artículo 115.2 del Reglamento de Servicios exige que en toda concesión de servicios se fijen las obras e instalaciones que hubiere de realizar el concesionario y quedaren sujetas a reversión y las obras e instalaciones a su cargo pero no comprendidas en aquella. Ahora bien, en los supuestos en que, como ocurre en el enjuiciado, no ha tenido lugar esa determinación, debe regir el principio de reversión gratuita a la Administración de las instalaciones necesarias para la prestación del servicio, cuya continuación por la Administración es imprescindible, como hemos expresado en el anterior fundamento de derecho.

[...]

NOVENO.- [...] El motivo debe ser desestimado, porque no existe en el supuesto debatido un enriquecimiento injusto o sin causa legítima del Ayuntamiento de Alzira, ya que la causa jurídica del desplazamiento patrimonial, reconocida y amparada por el ordenamiento, es -una vez más debemos repetirlo- la existencia de una concesión administrativa para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua y la obligada reversión a la Administración municipal concedente de las instalaciones necesarias para la normal prestación del servicio, cuando la concesión se extingue por el transcurso del plazo de su duración. El hecho de que la empresa concesionaria no haya amortizado los bienes e instalaciones sujetos a reversión en su totalidad para nada influye en la anterior conclusión, ya que debió proceder a su amortización, tomando en cuenta que la retribución prevista para el concesionario (en este caso mediante la aprobación de las correspondientes tarifas, respecto a las que se instruyeron sucesivos expedientes para su revisión, renovación o aumento, según se indica en el fundamento de derecho cuarto “in fine” de la sentencia impugnada) debe permitirle, mediante una buena y ordenada



administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio (artículos 126.2.b. y 129.3, ya mencionados, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales)”.

Quant al pagament de les tarifes i la seva actualització, la normativa reguladora de les concessions preveu l'existència de tarifes i l'obligació de revisar-les per mantenir l'equilibri financer de la concessió. Per tant, l'actualització de les tarifes és una obligació de l'Administració concedent.

5. Finalment, es planteja la qüestió referent a si les accions administratives o, si escau, judicials que es poden emprendre en el cas que la reversió dels béns no sigui total són la resolució contractual, la incautació de la fiança i la petició d'indemnització pels danys o perjudicis.

Quant a la resolució del contracte, cal indicar que suposa l'extinció anticipada del vincle contractual i que es produeix per alguna de les causes previstes en la normativa. Per tant, l'eventual incompliment, una vegada finalitzada normalment la concessió, per part del concessionari, de l'obligació de revertir els béns i instal·lacions adients, difícilment pot ser causa de resolució del vincle contractual, que ja ha finalitzat.

Pel que fa a la incautació de la garantia, cal assenyalar que, d'acord amb la normativa en matèria de contractació, les garanties definitives dels contractes responen, tradicionalment, de l'execució correcta del contracte, de les penalitats que s'hagin imposat al contractista amb motiu de l'execució del contracte, dels danys i perjudicis que el contractista ocasioni a l'Administració arran de l'execució del contracte i de les despeses originades per la demora del contractista en el compliment de les seves obligacions. En conseqüència, sembla una mesura adequada per als casos en què no es produeixi la reversió dels béns i les instal·lacions a l'Administració.

La indemnització per danys i perjudicis que es pugui exigir al contractista en requerirà, en tot cas, l'acreditació i la quantificació correctes i la instrucció del procediment que correspongui, tot això sens perjudici de les accions que es puguin iniciar que estiguin adreçades a recuperar els béns i les instal·lacions que han de revertir a l'Administració.