



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 30 de septiembre de 2010

Informe 3/2010, de 30 de septiembre de 2010. Contratos de gestión de servicio público: la concesión administrativa. La reversión de los bienes

Antecedentes

1. El Alcalde del Ayuntamiento de Santa Margalida ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

Actualmente se está redactando y preparando el expediente que regirá la nueva concesión administrativa de gestión del servicio público de agua potable en Can Picafort y Son Serra de Marina, como consecuencia de la finalización del contrato anterior.

A los efectos de liquidar el contrato anterior es del todo necesario redactar el correspondiente inventario de la totalidad de los bienes y de las instalaciones afectos a la concesión de este servicio público, con la finalidad de proceder a su reversión a favor del Ayuntamiento de Santa Margalida.

Existe una discrepancia entre la concesionaria del servicio (SOREA) y este Ayuntamiento sobre la relación de bienes revertibles, concretamente en relación a la reversión de los cinco sondeos de Can Maties A-7400, A-7401, A-7475, A-7476 y CAT-723 con el caudal necesario para la continuación de la prestación del servicio público.

Se acompañan a esta solicitud de dictamen una copia de la totalidad del expediente en formato papel y formato digital DVD, donde constan de manera detallada los antecedentes para dictaminar las cuestiones que se formulan.

De la misma manera se remite copia del informe jurídico de fecha 17 de mayo de 2010 emitido por el letrado, Sr. Agustí Cerveró Sánchez Capilla.

Por todo ello, esta Alcaldía, con el objetivo de conocer su interpretación respecto de estas cuestiones, y en virtud de lo que establecen los artículos 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta Consultiva, y 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento,



solicito, con carácter urgente, un informe sobre las cuestiones que a continuación se plantean:

I. Si como consecuencia de la caducidad de la concesión de la gestión del servicio público de suministro de agua potable de Can Picafort y Son Serra de Marina, por vencimiento del plazo concesional, debe procederse a la reversión, como un conjunto unitario en el que se incluyen todas las instalaciones, depósitos, cañerías, restantes elementos para la prestación de este servicio municipal y, en particular, de los cinco sondeos de Can Maties A-7400, A-7401, A-7475, A-7476 y CAT-723 con el caudal necesario para la continuación de la prestación del servicio público.

II. Si como consecuencia de la caducidad de la concesión del servicio público de suministro de agua potable de Can Picafort y Son Serra de Marina, por vencimiento del plazo concesional, debe procederse a indemnizar a la empresa concesionaria en la cantidad que se encuentra pendiente de amortizar, así como de cualquier otra cantidad que se acredite por la no actualización de las tarifas. Esta indemnización sería actualizada el día que se otorgara el inventario de la totalidad de las obras y de las instalaciones afectas a la concesión de servicio público que será objeto de reversión al Ayuntamiento de Santa Margalida.

III. Si las acciones administrativas y, en su caso, judiciales que podría ejercer el Ayuntamiento de Santa Margalida en caso de incumplimiento de la reversión total del servicio, son la resolución contractual, la incautación de la fianza y la petición de indemnización por los daños o perjuicios que pueda sufrir la administración municipal. Estas acciones deben seguir el procedimiento administrativo en primera instancia y, en su caso, el procedimiento judicial contencioso-administrativo, dado que se trata de la interpretación de un contrato administrativo.

2. El Alcalde del Ayuntamiento de Santa Margalida está legitimado para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con la disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Al escrito se adjunta un informe jurídico, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea tres cuestiones relacionadas con la finalización de una concesión administrativa. La primera se refiere a si determinados bienes deben revertir al Ayuntamiento como consecuencia de la extinción de la concesión. La segunda hace referencia a si debe indemnizarse a la empresa



concesionaria por el importe de las inversiones que no se hayan amortizado y por la falta de actualización de tarifas, y la tercera, a las acciones administrativas y, en su caso, judiciales que se pueden ejercer en caso de incumplimiento de la reversión total del servicio.

Con carácter previo debe señalarse que los informes de la Junta Consultiva no pueden sustituir, en ningún caso, a los informes preceptivos de los servicios jurídicos correspondientes, ni pueden pronunciarse, con carácter general, para resolver cuestiones concretas de un expediente, sino que debe interpretarse la normativa de contratación pública en los aspectos que presenten alguna duda o alguna contradicción, y siempre desde la perspectiva de que estas interpretaciones puedan ser de interés general.

En consecuencia, las consideraciones que se realizan en este Informe son de carácter general, sin entrar a analizar el expediente de contratación concreto a que se refiere esta consulta.

2. La concesión administrativa constituye la forma más típica de gestión indirecta de los servicios públicos, y se caracteriza por la transferencia o la cesión a un particular de una esfera de actuación originariamente administrativa, produciéndose una escisión entre la titularidad del servicio —que permanece en la Administración pública concedente— y la gestión del servicio —que se encarga a un particular, que asume el riesgo económico de la explotación.

Así pues, la concesión es un contrato en virtud del cual la Administración encarga a un particular la gestión de un servicio de su competencia, servicio que debe gestionar a su propio riesgo y ventura.

La extinción normal de la concesión administrativa se produce por la finalización del plazo de duración del contrato y genera, como efecto, la reversión a la Administración del servicio público y de las obras e instalaciones necesarias para su funcionamiento, de manera que la reversión deviene imprescindible para que se pueda continuar la prestación de un servicio público.

Por tanto, la reversión supone la consolidación, en una única persona —la Administración—, de la titularidad y la gestión del servicio público que hasta ese momento se hallaban escindidas, y el traspaso a la Administración de los elementos materiales que constituyen los elementos esenciales o indispensables para prestar el servicio.



En consecuencia, con carácter general el contratista debe entregar a la Administración, de forma gratuita y sin indemnización, los bienes a que esté obligado de acuerdo con el contrato, en adecuado estado de conservación y funcionamiento, sin perjuicio de que pueda haber situaciones en las que únicamente se produzca la reversión del título que habilita para la gestión del servicio sin el traspaso de los elementos materiales.

Hay que tener en cuenta que en estos contratos el concesionario se obliga a construir o adquirir los elementos necesarios para poder prestar el servicio público, organizarlo y ponerlo en funcionamiento en las condiciones pactadas con la Administración, y que, por tanto, dado que la concesión tiene una duración limitada, no es del todo extraño que cuando concluya el plazo de concesión pueda surgir una duda en cuanto a la determinación de los bienes que están sujetos a la reversión, tal como sucede en el caso que se somete a consulta.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1987 ya sostenía lo siguiente:

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 regulación de los contratos de gestión de servicio público y, en particular, de las concesiones administrativas, se halla, por una parte, en la normativa de régimen local, y, por otra, en la normativa reguladora de la contratación pública.

El análisis de la evolución normativa en materia de reversión pone de manifiesto la importancia de que determinados bienes e instalaciones reviertan a la Administración con la finalidad de que se pueda continuar la prestación del servicio público en beneficio del interés general. No obstante, la legislación que regula o ha regulado esta cuestión no es muy esclarecedora en cuanto a la concreción de los bienes que se deben revertir, más allá del hecho de que tienen que figurar en el contrato, y, por tanto, dependerá de cada caso.



En cuanto a la normativa específica en el ámbito local, es necesario destacar la Ley de Régimen Local de 1955, especialmente el artículo 163, que disponía que en las concesiones se deben señalar las condiciones de la reversión total o parcial, y también que se deben establecer las garantías para que, al finalizar el convenio, las instalaciones, los bienes y el material integrante del servicio reviertan al patrimonio municipal en condiciones de uso.

El Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por el Decreto de 17 de junio de 1955, regula la concesión de servicios públicos en los artículos 114 a 137 y establece, respecto de la reversión, en el artículo 115, lo siguiente:

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.

Estos dos artículos, que están dirigidos a asegurar la continuidad del servicio una vez extinguida la concesión, han sido analizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha destacado, por una parte, que en la concesión se pueden acordar las cláusulas que se estimen convenientes, por lo que se ha dado plena validez y carta de naturaleza a la autonomía de la voluntad como primera fuente de la concesión, y, por otra, que la reversión puede ser total o parcial. El Tribunal, en la sentencia de 2 de marzo de 1987, se expresa en los términos siguientes:

[...] 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 este mismo sentido se expresa el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de abril de 1989.



Finalmente, para garantizar que la reversión se puede efectuar en los términos pactados el artículo 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales prohíbe al concesionario enajenar o gravar los bienes afectos a la concesión que deban revertir a la entidad concedente, salvo que haya una autorización expresa de la corporación.

En cuanto a la normativa específica en materia de contratación, el Texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, regulaba el contrato de gestión de servicios públicos en los artículos 62 a 82. El artículo 78 disponía lo siguiente:

Quando 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.

El artículo 231 del Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, se expresaba en los mismos términos.

Con una redacción casi idéntica se han pronunciado las leyes de contratos posteriores, en concreto en el artículo 165 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones públicas, en el artículo 164 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y, finalmente, en el artículo 259 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el cual establece lo siguiente:

1. Cuando finalice el plazo contractual el servicio debe revertir a la Administración, y el contratista deberá entregar las obras e instalaciones a que esté obligado de acuerdo con el contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

2. Durante un período prudencial anterior a la reversión, que se fijará en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se realice en las condiciones convenidas.

Por tanto, todos los preceptos nombrados disponen que el contratista debe



entregar a la Administración “las obras e instalaciones a que esté obligado de acuerdo con el contrato”, sin una especificación clara de qué bienes están sujetos a reversión, aunque debe tenerse en cuenta la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio.

En definitiva, para resolver el caso concreto que se somete a consulta el Ayuntamiento tiene que analizar las previsiones del contrato en cuanto a los bienes e instalaciones que deben revertir a la Administración.

4. La segunda cuestión que se plantea hace referencia a si debe indemnizarse a la empresa concesionaria por el importe de las inversiones que no se hayan amortizado y por la falta de actualización de tarifas.

De acuerdo con la normativa mencionada, la reversión es, en esencia, gratuita y, con carácter general, puede considerarse que la Administración no tiene que satisfacer ningún importe dado que hay que entender que, durante la concesión, el concesionario ha visto compensada su inversión, a pesar de que, según el parecer de esta Junta Consultiva, debe estarse a lo que resulte, en cada caso, de la liquidación del contrato.

Los artículos 126.2 *b* y 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales se refieren a la retribución económica del concesionario y, en concreto, hacen referencia, respectivamente, a “la necesaria amortización, durante el plazo de concesión, del coste de establecimiento del servicio”, y a que la retribución prevista para el concesionario debe permitir, “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 jurisprudencia del Tribunal Supremo también se ha pronunciado en esta línea y ha entendido que la reversión gratuita es esencial a la finalización del plazo de concesión, al contrario de los casos de rescate y vencimiento anticipado, dado que debe estimarse que el concesionario ha amortizado durante el plazo de concesión el coste de establecimiento del servicio por medio de la retribución que ha obtenido. En este sentido se pronuncia la sentencia de 7 de junio de 1988.

Igualmente, la sentencia de 29 de mayo de 2000 establece lo siguiente:

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)”.

En cuanto al pago de las tarifas y su actualización, la normativa reguladora de las concesiones prevé la existencia de tarifas y la obligatoriedad de revisarlas para mantener el equilibrio financiero de la concesión. Por tanto, la actualización de las tarifas es una obligación de la Administración concedente.

5. Finalmente, se plantea la cuestión relativa a si las acciones administrativas o, en su caso, judiciales que pueden emprenderse en el caso de que la reversión de los bienes no sea total son la resolución contractual, la incautación de la fianza y la petición de indemnización por daños o perjuicios.

En cuanto a la resolución del contrato, es necesario indicar que supone la extinción anticipada del vínculo contractual y que se produce por alguna de las causas previstas en la normativa. Por tanto, el eventual incumplimiento, una vez finalizada normalmente la concesión, por parte del concesionario, de la obligación de revertir los bienes e instalaciones adecuados, difícilmente puede ser causa de resolución del vínculo contractual, que ya ha finalizado.

Por lo que se refiere a la incautación de la garantía, cabe señalar que, de acuerdo con la normativa en materia de contratación, las garantías definitivas de los contratos responden, tradicionalmente, de la correcta ejecución del contrato, de las penalidades que se hayan impuesto al contratista con motivo de la ejecución del contrato, de los daños y perjuicios que el contratista ocasione a la Administración a raíz de la ejecución del contrato y de los gastos originados por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones. En consecuencia, parece una medida adecuada para los casos en los que no se produzca la reversión de los bienes e instalaciones a la Administración.



La indemnización por daños y perjuicios que se pueda exigir al contratista requerirá, en todo caso, la acreditación y la cuantificación correctas y la instrucción del procedimiento que corresponda, todo ello sin perjuicio de las acciones que se puedan iniciar que estén dirigidas a recuperar los bienes e instalaciones que deben revertir a la Administración.