



Expediente 21/19.

Materia: Cláusulas en un contrato de concesión de servicios.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Almería ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Con fecha 4 de mayo de 2010 este Ayuntamiento suscribió contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concesión administrativa para la explotación del servicio municipal de cementerios y tanatorio-crematorio en el municipio de Almería con la mercantil ASV FUNESER, S.L. con un plazo de duración de 30 años pudiendo prorrogarse, por acuerdo de las partes, por un periodo máximo, considerando el plazo inicial de la concesión y las prórrogas, de cincuenta años. La citada contratación se rige por la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Mediante Sentencia número 138, de 2 de febrero de 2015, de la Sección Primera de la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se anuló el acuerdo de la Junta de Gobierno local de la Ciudad de Almería de 5 de abril de 2010 por el que se adjudicaba definitivamente a la mercantil ASV FUNESER, S.L. el contrato antes referido ya que en el procedimiento de adjudicación no se observaron los trámites esenciales previstos en los artículos 86 de la Ley 7/1985 y 97.1 del RDL 781/1988 para que una corporación local pueda ejercer actividades económicas teniendo en cuenta que en el contrato antes referido a la prestación del servicio municipal de cementerio se añadía la prestación de los servicios de tanatorio crematorio que no se prestaban con anterioridad por el Ayuntamiento.

En cumplimiento de la sentencia antes citada, el 2 de noviembre de 2016, la Junta de Gobierno Local acordó el inicio del expediente de liquidación del contrato de concesión



de gestión del servicio público en la modalidad de concesión para la explotación del servicio municipal de cementerios, tanatorio-crematorio. En la parte dispositiva del referido acuerdo se indica que el expediente de liquidación del contrato tiene por objeto determinar la restitución de los bienes y derechos que corresponden a cada parte y demás efectos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, norma legal aplicable a dicho contrato.

Independientemente de lo anterior, se están realizando los trámites administrativos que resultan preceptivos para la adjudicación de un nuevo contrato de concesión de servicios que tiene por objeto la prestación de los servicios de cementerio y tanatorio crematorio en el Municipio de Almería. En concreto, al día de la fecha se han realizado los siguientes trámites:

- Tramitación del expediente, previsto en el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local relativo al ejercicio de actividades económicas y determinación de la forma de gestión de los servicios de Cementerios, Tanatorio y Crematorio de Almería que culminó con la aprobación definitiva de la Memoria reguladora de los aspectos social, jurídico, técnico y financiero para el ejercicio de actividades económicas por el Excmo. Ayuntamiento de Almería mediante acuerdo del Excmo. Ayuntamiento Pleno de fecha 26 de marzo de 2018;*
- Tramitación del expediente relativo a la redacción y aprobación de la Ordenanza Reguladora de los Servicios Municipales de Cementerio, Tanatorio y Crematorio de Almería que finalizó con la aprobación definitiva de la Ordenanza mediante acuerdo del Pleno Municipal de fecha 26/06/2018.*
- Consulta a siete operadores económicos del sector funerario sobre la estructura de costes a fin de determinar la fórmula de revisión de precios aplicable al nuevo contrato en virtud de lo preceptuado en ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.*



La actual concesionaria en virtud del vigente contrato estaba obligada a la realización de obras y demás inversiones en diferentes activos destinados a la gestión del servicio y que deberían haber sido amortizados a lo largo del plazo previsto de duración del contrato.

Dichas inversiones actualmente se encuentran realizadas en su totalidad y solo parcialmente amortizadas, dado el tiempo transcurrido desde el inicio del contrato. Por lo que es obligado prever que una vez sea adjudicado el nuevo contrato, el Ayuntamiento de Almería vendrá obligado a realizar liquidación a favor de la actual concesionaria. El valor neto contable aproximado de las inversiones pendientes de amortizar a 31 de diciembre de 2018 es de 4.754.236,43 euros.

La cifra obtenida, que alcanza una cantidad de 4.754.236,43 euros, permite aproximar las consecuencias que para la economía de este Ayuntamiento representaría hacer frente al importe de la liquidación con cargo a sus Presupuestos Generales de este Ayuntamiento.

Conviene recordar en este punto que el artículo 86 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local dispone que las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económica, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal.

En este sentido hemos de referirnos a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF) que al referirse en su artículo 3 al principio de estabilidad presupuestaria establece que la elaboración, aprobación y ejecución de los Presupuestos y demás actuaciones que afecten a los gastos o ingresos de los distintos sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de dicha Ley se realizará en un marco de estabilidad presupuestaria,



coherente con la normativa europea. Se entenderá por estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas la situación de equilibrio o superávit estructural.

Del mismo modo, las actuaciones de las Administraciones Públicas y demás sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley estarán sujetas al principio de sostenibilidad financiera (art. 4 de la LOEPSF). Se entenderá por sostenibilidad financiera la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública, conforme a lo establecido en la Ley 2/2012 y en la normativa europea.

Bajo la modalidad actual de gestión de los servicios que nos ocupa se viene verificando que la economía de la actividad no ha comprometido desde su inicio el objetivo de estabilidad presupuestaria de este Ayuntamiento.

Por cuanto antecede, el Ayuntamiento de Almería consciente del montante de la liquidación a que vendrá obligado una vez se adjudique el nuevo contrato de concesión de servicios y al carácter revertible de las inversiones acometidas por el actual concesionario, que constituyen un inmovilizado material afecto a la concesión, realiza la siguiente consulta:

-¿Sería ajustado a derecho establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del nuevo contrato de concesión de servicios una cláusula que estableciera la obligación del futuro adjudicatario de abonar al Ayuntamiento de Almería en el momento de formalización del contrato en documento administrativo de un canon o aportación inicial que tendrá carácter de ingreso afectado en la contabilidad pública para hacer frente a operaciones de capital, por un importe equivalente al valor de los activos que están pendientes de amortizar y que este Ayuntamiento pondría a disposición del nuevo adjudicatario? Todo ello, sin perjuicio del canon o participación en la explotación que pudiera establecerse entre los criterios de adjudicación.



Dicha obligación se configuraría en el pliego de cláusulas administrativas particulares regulador de la nueva contratación bajo las siguientes condiciones:

- a) Las inversiones ya realizadas que permitirán desarrollar el normal funcionamiento del servicio, podrían alcanzar una cifra aproximada de cuatro millones ochocientos mil (4.800.000,00) euros. Esta cifra determinaría el importe de dicho canon inicial.*
- b) El canon inicial lo abonaría el adjudicatario de la nueva contratación al Ayuntamiento de Almería en concepto de compensación de activos que pone a su disposición esta Administración Municipal para la prestación de los servicios objeto del contrato y que se consideran indispensables para su normal funcionamiento. En ningún caso existiría relación financiera entre el anterior concesionario y el licitador que resulte adjudicatario de la nueva contratación*
- c) El canon inicial abonado por el adjudicatario se amortizaría durante el periodo de duración de la nueva concesión.*
- d) Si el actual concesionario se presentara a la licitación de la nueva contratación, de resultar nuevamente adjudicatario, tendría que abonar el canon inicial. Si bien recuperaría posteriormente el monto de la liquidación del anterior contrato.*
- e) Esta obligación se introduciría en los nuevos pliegos por razones de interés público, pues, por los motivos expuestos anteriormente, de no establecer esta aportación inicial, que resulta de la imprevista interrupción del contrato sin haber transcurrido un tercio de su duración, se vería necesariamente afectada la capacidad inversora de esta Administración Municipal para ejercicios futuros, dado el montante pendiente de amortizar. Podría verse también afectado el equilibrio en términos de estabilidad presupuestaria, salvo que se adopten importantes medidas de reequilibrio.”*



CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento de Almería plantea si, tras la liquidación de una concesión de servicios anterior, resulta ajustado a derecho establecer en los nuevos pliegos de cláusulas administrativas particulares una cláusula que obligue al futuro adjudicatario a abonar al Ayuntamiento un canon o aportación inicial por un importe equivalente al valor de los activos no amortizados durante el anterior contrato. Se indica que el Ayuntamiento pondría dichos activos a disposición del nuevo adjudicatario para su explotación. También especifica la consulta la forma jurídica que tomaría el ingreso y las condiciones en que la cláusula se establecería.

2. Antes de analizar la cuestión, debe recordarse que la Junta Consultiva sólo puede evacuar informes en los términos previstos dentro del artículo 328 de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, como es el planteado.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, por ejemplo, en su informe de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados o el informe preceptivo de los pliegos. Por tanto, el informe se pronunciará declarando los



criterios de aplicación general en relación con la cuestión sometida a consulta, correspondiendo a los servicios jurídicos del Ayuntamiento informar sobre los aspectos concretos del caso.

Por otra parte, atendiendo a las competencias específicas de esta Junta Consultiva, el informe se pronunciará respecto a la compatibilidad de la cláusula propuesta con la legislación en materia de contratación pública, excediendo de nuestra competencia el análisis de las cuestiones relacionadas con la interpretación de la normativa presupuestaria, de régimen local y de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

3. El análisis de la presente cuestión nos obliga a diferenciar dos contratos, siempre teniendo en cuenta que esta Junta no prejuzga si el nuevo contrato constituye realmente una concesión: el primero de ellos es un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión adjudicado al amparo de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y que concluyó por culpa de la Administración con las consiguientes consecuencias indemnizatorias para el órgano de contratación; el segundo es un nuevo contrato de concesión de servicios que se va a licitar al amparo de la nueva LCSP, siendo esta la normativa a la cual deberá atenderse para responder la consulta.

El régimen jurídico del contrato de concesión de servicios se contiene en el Capítulo III del Título II del Libro Segundo de la Ley (artículos 284 a 297 LCSP). Pues bien, como se deduce de los artículos 285.2 y 287 de la LCSP, la prestación objeto de este contrato puede suponer la ejecución y explotación de obras e instalaciones afectas al servicio. Este es el caso que nos ocupa en el presente informe.

En estos supuestos lo normal es que, como también ocurre en el caso que nos atañe, una vez finalizado el plazo de la concesión, el servicio revierta a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.



Pero, como indica la consulta, en este caso no fue posible cumplir íntegramente el plazo descrito en la concesión, resultando anulada la adjudicación mediante una resolución judicial que declaraba la existencia de una causa de nulidad insubsanable. Esta resolución produjo el efecto de que, conforme al artículo 42.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y por un elemental principio del derecho, el contrato entrase en liquidación, surgiendo la obligación de las partes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo. Si esto no fuese posible, como ocurre en el presente caso porque existe la obligación de reversión, se devolverá su valor.

En este caso, realizada por el concesionario anterior la totalidad de las obras que debían ser amortizadas a lo largo del periodo de vigencia previsto contractualmente para la concesión, la ruptura de este periodo de amortización le supone un perjuicio evidente, perjuicio que ha de ser debidamente indemnizado conforme al citado artículo 42 de la LCSP.

Esta es precisamente la razón por la que en la consulta se nos plantea si resulta posible establecer en los pliegos un canon o aportación inicial por el importe equivalente al valor de las obras e instalaciones ya construidas y que están pendientes de amortizar parcialmente, y todo ello en la medida en que en la nueva concesión el órgano de contratación va a poner a disposición del nuevo adjudicatario estos activos para su explotación. Por tanto, estos activos van a estar afectos a la nueva explotación, minorando una de las obligaciones incluidas en la anterior concesión, la construcción de las instalaciones, y todo ello en beneficio del nuevo concesionario.

4. Por ello, en la configuración del nuevo contrato de concesión de servicios pueden tenerse en cuenta las consecuencias que derivan de la extinción del primer contrato, especialmente en lo que se refiere a la situación de las obras e instalaciones necesarias para la prestación del servicio.



Como es lógico, la situación común en la extinción de este tipo de contratos consiste en su terminación normal por el transcurso del plazo, lo que implica, respecto de la realización y explotación de obras, lo siguiente:

- La construcción íntegra de las obras conforme al proyecto de construcción (artículo 287.1 LCSP).
- La amortización sucesiva durante el periodo de ejecución del contrato.
- La reversión de las obras a la Administración debidamente terminadas y completamente amortizadas.
- Si se va a celebrar un nuevo contrato de similar objeto, la inclusión de estos activos, ya amortizados, en la futura concesión.

En casos como el que se nos ha planteado se produce, por el contrario, la terminación anticipada del primer contrato por causa imputable a la Administración, ocurriendo que las obras, aun estando concluidas, no están completamente amortizadas.

Pues bien, en caso de culpa de la Administración contratante la reversión se ha de realizar, conforme al artículo 295 LCSP, con la obligación de abonar al concesionario en todo caso el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión.

Si la Administración va a tener que abonar una cantidad como consecuencia de la asunción de unas obras que formaban parte de la concesión inicial, y si el nuevo concesionario se va a ver beneficiado por la explotación de las nuevas obras durante la vida de la concesión, reduciendo la carga que para el mismo representa con respecto al primer contrato, resulta razonable que se repercuta al nuevo



concesionario el valor de los activos que le aporta y que no ha tenido que ejecutar como parte del objeto de la prestación.

Lógicamente, corresponde valorar al órgano de contratación la forma en que se complete la financiación de la amortización pendiente de las obras con arreglo a los criterios de eficiencia en la utilización de los fondos públicos y dentro de los límites establecidos en la normativa de estabilidad presupuestaria. En este caso, resulta posible su integración dentro del nuevo contrato de concesión de servicios del que formen parte.

En efecto, al amparo del principio de libertad de pactos, es posible que en pliego se prevea que las obras no amortizadas completamente se integren en el contrato de concesión a cambio de su valor, estableciendo como compensación un canon o aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante por una cantidad equivalente a dicho valor. Si las obras o instalaciones mencionadas constituyen un activo indispensable para la prestación del servicio, y teniendo las mismas un valor residual derivado su grado de amortización parcial, cabe establecer una cantidad a favor de la Administración o poder adjudicador correspondiente como compensación de su puesta a disposición del nuevo concesionario. Cabe recordar, en este punto, que el artículo 285.1 b) LCSP permite que el concesionario asuma, entre las obligaciones establecidas en el pliego de la concesión, la de pagar un canon o participación a la Administración concedente.

Por otro lado, hay que tener en cuenta también que, de no procederse del modo que se ha descrito, habría que considerar las obras puestas a disposición del nuevo concesionario como una aportación no dineraria del órgano de contratación por el citado valor (artículo 266.2 de la LCSP), con las consecuencias que en cada caso pudiera aparejar esta circunstancia.

5. De conformidad con lo anteriormente expuesto cabe concluir que, en un caso como el presente, resulta completamente razonable que el nuevo concesionario asuma la



financiación parcial de las obras integradas en la concesión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 265.1 de la LCSP.

Lógicamente su valor debe computarse a los efectos de la determinación de la contraprestación económica a percibir por el concesionario y, en su caso, en el cálculo de las tarifas a abonar por los usuarios del servicio (artículo 289 de la LCSP), de acuerdo con los estudios de viabilidad o económico-financieros que procedan.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES.

- De acuerdo con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, cabe la posibilidad de que en los pliegos de una nueva concesión de servicios se prevea que las obras no amortizadas completamente como consecuencia de la extinción anticipada de una concesión anterior, y que se pongan disposición del nuevo concesionario como activo necesario para la explotación del servicio, se integren en el nuevo contrato de concesión a cambio de su valor, bien en forma de canon o bien de aportación inicial a favor de la Administración o entidad del sector público contratante.
- Dicha aportación inicial deberá ser tenida en cuenta a los efectos de la determinación de la contraprestación económica a percibir por el concesionario y, en su caso, en el cálculo de las tarifas a abonar por los usuarios del servicio.