

Dictamen 11/06 (Ref. A.G.-Entes públicos). Los bienes afectos a la gestión de un servicio público, por esta sola circunstancia, no son necesariamente de dominio público, si dicha afectación no va unida a la titularidad pública del bien por la Administración. Por ello, durante la vigencia del contrato, el concesionario puede estar facultado para enajenar bienes afectos. Y, finalizado el plazo contractual, sólo revertirán a la Administración los bienes que el contratista deba entregar de acuerdo con lo establecido en el contrato. En caso de resolución anticipada, habrá que estar para la reversión a lo estipulado en el contrato.

Ciertamente, cabría pensar que la afectación de un bien a un servicio público es un elemento con virtualidad suficiente para integrar dicho bien dentro de la esfera del dominio público con independencia de que la financiación y gestión recaiga sobre la iniciativa privada y de la compensación que ésta reciba. Partiendo de esta idea, se estaría negando la posibilidad de que exista una disociación entre la titularidad privada y la afectación pública y, en tal caso, el destino público vendría a implicar en todo caso la titularidad pública del bien y el carácter demanial del mismo.

Frente a la tesis anterior, puede considerarse que los bienes afectos a la prestación del servicio público y sujetos a reversión al finalizar el plazo establecido para la gestión indirecta de aquél pueden ser tanto de propiedad pública como de propiedad privada, pues la circunstancia de la afectación carece de virtualidad suficiente para prejuzgar la titularidad del bien o, lo que es lo mismo, que titularidad y afectación pueden presentarse disociadas. En este caso, afirmar que un bien es de dominio público exigirá comprobar, en primer lugar, que la Administración Pública es su propietaria y, en segundo lugar, que esté afecto a la gestión del servicio público de titularidad de la primera. Faltando uno de los dos requisitos no cabrá sostener que se trate de un bien demanial, bien por no pertenecer a la Administración Pública, bien porque, siendo de titularidad de la misma, no esté afectado a la gestión del servicio. En este supuesto y siempre que la forma de gestión del servicio público continuase siendo la de gestión indirecta, al tratarse de bienes de titularidad privada, el gestor del servicio público conservaría la propiedad sobre los bienes, continuaría siendo el único y exclusivo propietario de los mismos, pero pesarían, eso sí, sobre ellos dos gravámenes reales: el que cabe denominar gravamen de afectación que obliga a mantener los bienes afectos a la gestión del servicio y el gravamen restitutorio que obliga a transmitir en su día, cuando se alcance el término fijado para la gestión, la propiedad sobre ellos a la Administración.

Pues bien, de estas dos posibles concepciones que han quedado expuestas, la primera, que abunda en la idea de que los bienes afectos a la gestión del servicio público, por esta sola circunstancia e independientemente de su titularidad, son de dominio público y la segunda, que sostiene que la circunstancia de la afectación no es por sí sola determinante de la demanialidad del bien si no va unida a la titularidad pública del mismo, es esta segunda la que se acoge en nuestro ordenamiento jurídico, como se pone de manifiesto a la vista de lo dispuesto en los preceptos que seguidamente se mencionan.

En primer lugar, ha de tomarse en consideración el artículo 5.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) que define el concepto de dominio público. A tal efecto dispone: «1. Son bienes y derechos de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público, así como aquellos a los que la ley otorgue expresamente el carácter de demaniales». Precepto que viene a reproducir lo que ya disponía el artículo 339 del CC al definir qué bienes son de dominio

público, estableciendo que: «Son bienes de dominio público: 1º Los destinados a un uso público (...) 2º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público (...)».

De acuerdo con lo dispuesto en los preceptos anteriormente mencionados, resulta con claridad que para que pueda predicarse respecto de un bien la condición de demanial, han de concurrir dos requisitos: el primero, consistente en que se trate de un bien de titularidad pública; el segundo, que ha de estar afectado a un servicio público [...]

En segundo lugar y a mayor abundamiento, ha de atenderse a lo dispuesto en los distintos preceptos que se ocupan de la normación de la reversión de los bienes afectos a la gestión de un servicio público y a lo que en ellos se dispone acerca del tránsito en la titularidad de los mismos que con ocasión de dicha reversión se produce. En particular, ha de examinarse lo dispuesto en los artículos 111.2, 115 y 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 y en los artículos 164 y 169 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, integrantes del Capítulo V del Título II, que llevan por rúbrica «De los efectos y extinción del contrato de gestión de servicios públicos».

El artículo 111.2 del citado Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, para los casos de gestión a través de sociedad de economía mixta, dispone: «Expirado el período que se fijare, revertirá a la Entidad local su activo y su pasivo y en condiciones normales de uso todas las instalaciones, bienes y material integrante del servicio».

El artículo 115 del mismo Reglamento al regular la concesión de servicios públicos enumera las cláusulas que como mínimo han de establecerse en toda concesión de servicios públicos y, entre ellas, la siguiente: «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».

El artículo 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al enumerar las obligaciones del concesionario, menciona la siguiente: «4ª No enajenar bienes afectos a la concesión que hubieren de revertir a la Entidad concedente, ni gravarlos, salvo autorización expresa de la Corporación».

El artículo 164 de la LCAP, titulado «Reversión», dispone lo siguiente: «1. Cuando finalice el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en estado de conservación y funcionamiento adecuados».

El artículo 169 de la misma Ley, titulado «Efectos de la resolución», establece lo siguiente: «1. En los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión».

De la lectura de estos preceptos cabe extraer con claridad ciertas conclusiones. La primera de ellas es que finalizado el plazo contractual, el que se hubiere fijado para la gestión del servicio público, tendrá lugar la reversión de los bienes, obras e instalaciones afectos a la gestión del mismo. La segunda es que no todos los bienes empleados en la ejecución y el cumplimiento del contrato de gestión de servicios públicos revertirán a la Administración titular del mismo; sólo

revertirán los que el contratista deba entregar de acuerdo con lo establecido en el contrato. La tercera es que si por cualquiera de las causas establecidas en la LCAP tuviera lugar la resolución del contrato antes de la finalización del plazo contractual, habrá que estar en primer término a lo expresamente convenido entre las partes sobre el alcance y condiciones de la reversión, en virtud del principio de autonomía de la voluntad y de «pacta sunt servanda», surgiendo para la Administración la obligación de abonar al contratista el precio de las obras e instalaciones ejecutadas por éste que hayan de pasar a propiedad de aquélla. La cuarta es que durante la vigencia de la concesión y previa autorización de la Entidad titular del servicio, el gestor del mismo podrá enajenar bienes afectados a dicha gestión.

Finalmente, cabe poner de relieve que también la jurisprudencia se ha planteado esta cuestión, resolviéndola a favor de la tesis privatista expuesta. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1987 en la que la cuestión controvertida es si al término del plazo de la concesión el mercado del pueblo de X, construido por el concesionario sobre terreno privado del mismo, debe o no revertir al patrimonio municipal, que son las tesis contrapuestas del Ayuntamiento que dice que sí, y de la recurrida Sra. M. que dice que no. En el contrato concesional, otorgado mediante escritura pública el 31 de diciembre de 1911, las partes convinieron que el concesionario construiría el mercado público sobre terreno de su propiedad particular y lo explotaría a través de subconcesiones y con las tarifas que se indicaron durante el plazo de 70 años, y que a la finalización de dicho plazo, cada parte quedaría en libertad para hacer o no un nuevo contrato, quedando el dueño de la Plaza de Abastos en la quieta y pacífica posesión del inmueble; En los fundamentos de derecho de la misma se razona en los siguientes términos [...] Siendo el de la autonomía de la voluntad, o su equivalente ‘pacta sunt servanda’, los principios que primero debemos aplicar, pues, en el ámbito de la reversión derivada de la gestión indirecta de los servicios públicos por concesión, y habiendo sido establecido en este caso con claridad notoria que al finalizar el plazo de la concesión el dueño de la Plaza de Abastos quedará en la quieta y pacífica posesión del inmueble, es patente que a este pacto se habría de estar para decidir la controversia de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad».