

Informe 61/08, de 31 de marzo de 2009. «Consulta sobre términos de un contrato de concesión del servicio público de tratamiento de residuos urbanos».

Clasificación de los informes: 22.1 Contratos de gestión de servicios públicos. Duración de los contratos de gestión de servicios públicos. Prórrogas. 22.5. Contratos de gestión de servicios públicos. Ejecución del contrato. 22.6. Contratos de gestión de servicios públicos. Modificación del contrato de gestión de servicios públicos. 22.10. Contratos de gestión de servicios públicos. Mantenimiento del equilibrio económico.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde de Mijas se formula la siguiente consulta:

«En Pleno de fecha 10 de junio de 1994, y tras la tramitación del correspondiente concurso, se adjudicó a la empresa XX la concesión del servicio público de tratamiento de residuos sólidos urbanos.

En lo que respecta al periodo de duración de la concesión, el Pliego establece lo siguiente:

"El periodo de duración de la concesión durante el cual el contratista adjudicatario podrá explotar la planta será de 15 años a contar desde el comienzo de funcionamiento de la misma, a tenor de lo establecido en la condición primera del Pliego Técnico, pudiendo prorrogarse por otros periodos indeterminados de años sucesivos si lo denunciara el concesionario con seis meses de antelación al periodo de vencimiento de duración de la concesión y la Administración actuante lo estimara oportuno".

Según parece desprenderse del expediente, la puesta en funcionamiento de la Planta acaece en enero de 1996, razón por la cual, el plazo de duración del contrato sería hasta diciembre de 2010.

En el año 2006, el concesionario puso de manifiesto la necesidad de realizar ciertas obras, proponiendo a cambio la ampliación del plazo del contrato, así como el incremento del canon que satisface el Ayuntamiento. Esta propuesta no se llevó a cabo.

En la actualidad, como consecuencia de las nuevas exigencias medioambientales, es necesaria la realización por el concesionario de obras por un valor superior a los cuatro millones de euros. Ante la posible ruptura del equilibrio económico, el concesionario propone la aplicación de prórrogas, basándose en la posibilidad prevista en el Pliego, o ampliación del plazo contractual como mecanismo de compensación ante la ruptura del equilibrio económico.

Por todo lo expuesto, y sin ánimo de que la petición del presente informe suponga que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa asuma funciones propias de otros órganos que intervienen en la contratación administrativa, se solicita informe sobre las siguientes cuestiones:

1. ¿Entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que nos encontramos ante un supuesto de modificación del contrato por ruptura del equilibrio económico, en los términos del artículo 258 de la LCSP?

2. ¿Considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que con base en el Pliego, en los términos indicados anteriormente, es posible la aplicación de prórrogas al contrato, en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria Primera de la LCSP?

3. ¿Considera la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que, en el supuesto de existir una ruptura del equilibrio económico, cabe la posibilidad de utilizar la ampliación del plazo contractual, como mecanismo de compensación del concesionario?

Se adjuntan, sendos informes del Secretario General de la Corporación, así como informe emitido a instancia de la empresa concesionaria por XX, Catedrático de Derecho Administrativo, siendo consciente la Corporación de que puede seguir o apartarse de los criterios del Secretario General, al no ser vinculantes, pero lo que no se pretende por la vía de petición de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, es soslayar los criterios expuestos por el Secretario General del Ayuntamiento, ya que como ha reiterado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, no existe en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de alzas en materia de informes que permitan que los de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa prevalezcan sobre los de los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Mijas».

Se acompañan a la consulta dos informes emitidos por el Secretario del Ayuntamiento y otro emitido por letrado a instancia de la concesionaria.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión planteada por el Ayuntamiento de Mijas se refiere, en primer lugar, a si la exigencia por parte de la Junta de Andalucía en relación con los requisitos técnicos que debe reunir la planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos del Ayuntamiento de Mijas debe considerarse como un supuesto de ruptura del equilibrio financiero de la concesión al amparo del artículo 258 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, dado que obliga a realizar obras de adaptación de la misma. Al hilo de esta cuestión, se solicita dictamen acerca de si cabe considerar vigente la posibilidad de prorrogar tácitamente la concesión, a tenor de lo dispuesto en el pliego de cláusulas, y, en su caso, adoptar alguna medida de reequilibrio financiero y si ésta podría consistir en la ampliación del plazo de la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público.

2. Comenzando por el análisis de la primera cuestión planteada señalaremos que las obras a realizar en la Planta de tratamiento indicada son consecuencia directa del acto administrativo dictado por la Junta de Andalucía en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación, por la que se somete a la autorización ambiental integrada la actividad objeto de este informe. Dicha autorización fue concedida con una serie de prescripciones cuyo cumplimiento exige, al parecer, la realización de obras de importe elevado con respecto del volumen económico total de la concesión. Esta circunstancia, unida al hecho de que no es factible la amortización de las obras a ejecutar pues el plazo concesional expira apenas dos años después de surgir la obligación de realizarlas, plantea la cuestión de si esta obligación impuesta al concesionario implica la ruptura del equilibrio financiero de la concesión y debe llevar consigo la correspondiente compensación que lo restablezca.

Se trata, en consecuencia de un supuesto claro de aplicación de la denominada doctrina del “factum principis”. Ello plantea a su vez dos cuestiones: la primera de ellas si se cumplen o no los requisitos precisos para la aplicación de dicha doctrina y la segunda, si su aplicación estaba admitida en la legislación aplicable a la concesión que se analiza, habida cuenta de la fecha de su adjudicación, o, en su defecto, si estaba aceptada por la jurisprudencia la posibilidad de aplicarla.

Tradicionalmente, para considerar que nos encontramos ante un supuesto de “factum principis” se exige que concurran una serie de requisitos, cuales son una medida administrativa de carácter obligatorio y general de la que se derive un perjuicio para el contratista. Caracteriza de modo trascendental esta figura el hecho de que la medida de que se trate ha de ser adoptada fuera del ámbito propio de la relación contractual.

En el presente caso, podemos considerar que existe una medida de carácter general cual es la exigencia de una autorización para la actividad cuya obtención es exigida “ex novo” en virtud de lo dispuesto en una nueva norma jurídica (la Ley 16/2002, de 1 de julio), y de la que se deriva obligatoriamente la realización de determinadas obras de adaptación de las instalaciones.

Dicho lo anterior, queda por determinar exclusivamente si la realización de estas obras por el concesionario debe considerarse o no un supuesto de ruptura del equilibrio económico de la concesión. Esta cuestión requiere resolver previamente sobre quién recae la obligación de realizar las obras.

Nada dicen la consulta ni ninguno de los informes jurídicos que se acompañan sobre este punto. Todos ellos se limitan a dar por supuesto que tal obligación incumbe al concesionario. Por nuestra parte, aceptaremos esta hipótesis para la emisión del informe, no sin recalcar previamente que en caso de no ser así, es evidente que la cuestión que se plantea carecería de fundamento.

Sentado esto, la cuestión de si se produce o no una alteración sustancial de las condiciones económicas de la concesión como consecuencia del coste de realización de las obras unido al breve espacio de tiempo que resta hasta la conclusión del plazo de la concesión es una cuestión que por su naturaleza esencialmente técnica y financiera no puede ni debe ser objeto de pronunciamiento por esta Junta. Baste decir que si tal equilibrio efectivamente se considera roto en función de las características económico financieras de la inversión y de la concesión, debe considerarse que existe por parte de la Administración concedente la obligación de restablecerlo.

Esta conclusión es válida también desde el punto de vista de la legislación de contratos actual, pues el artículo 258 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre dispone que *“la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:...b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato...”*.

Sin embargo, este precepto no tiene uno equivalente ni en la Ley de Contratos del Estado (vigente cuando se otorgó la concesión) ni en la de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que debe descartarse su aplicación, si asumimos, como parece razonable, habida cuenta de la fecha en que se celebró el contrato que la legislación aplicable es la anterior, y por aplicación de la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos del Sector Público. En efecto, de las leyes mencionadas la de Contratos del Estado no se refiere para nada al supuesto que se contempla en este informe y la de Contratos de las Administraciones Públicas se refiere a las modificaciones del contrato que afecten al equilibrio financiero en su artículo 163 limitándose a proclamar el derecho de la Administración a modificar las condiciones de prestación del servicio cuando existan razones de interés público que lo aconsejen y que cuando estas modificaciones afecten al régimen financiero se deberá compensar de forma que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos para la adjudicación.

Se refiere, según se desprende de ello, a los supuestos de alteración del equilibrio que se produzca como consecuencia de actos realizados en el ámbito de la propia relación contractual, es decir por ejercicio del “ius variandi”, por lo que no se trata de verdaderos supuestos de “factum principis” como el que contemplamos.

Respecto de éste no hay norma alguna, exceptuado el artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público citado, que permita considerar que la Ley contempla esta figura como un supuesto en que la Administración concedente deba compensar la ruptura del equilibrio financiero. En consecuencia, salvo jurisprudencia consolidada en tal sentido, la única opción sería analizar la posibilidad de considerar que estos supuestos quedan fuera del riesgo asumido por el concesionario y pueden ser compensados sobre la base de la obligación genérica de responder de los daños que incumbe la Administración a tenor de lo dispuesto en el art. 106 de la Constitución Española y del 139 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común.

Sentado esto y examinada la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo que ha admitido la figura del “factum principis” como un supuesto de excepción a principio de riesgo y ventura en las concesiones, debe entenderse que en el caso presente nos encontramos claramente ante un supuesto de aplicación de la doctrina mencionada por concurrir los presupuestos que requiere. En efecto, se ha producido la adopción de una medida de carácter general, cual es la exigencia de nuevos requisitos para las instalaciones de tratamiento de residuos sólidos cuyo cumplimiento por parte del concesionario podría suponer la ruptura del equilibrio financiero de la concesión. Ello, implica que, de en igual forma cabría considerar que concurren las condiciones exigidas por el artículo 258 de la actual Ley.

En tales casos, la doctrina jurisprudencial, consagrada por el artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público, tal como hemos visto anteriormente, exige la compensación económica adecuada para restablecer el equilibrio económico de la concesión.

Esta tesis debe considerarse reforzada por lo dispuesto en el artículo 127.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, y que, según la doctrina y la jurisprudencia más extendidas, aún se encuentra en vigor. El precepto indicado establece como una de las obligaciones que incumben a la Administración concedente “...2º *Mantener el equilibrio financiero de la concesión para lo cual: ...b) revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión. 3º Indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que le ocasionare la asunción directa de la gestión del servicio, si ésta se produjere por motivos de interés público independientes de culpa del concesionario...*”

3. Se consulta en segundo lugar si cabría seguir manteniendo el régimen de prórrogas previsto en la concesión, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos del Sector Público. A tal respecto conviene recordar que la citada disposición literalmente establece que “los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”. De ello debe deducirse que el régimen de las prórrogas establecidas en la concesión permanece en vigor, lo cual significa que éstas deberán otorgarse de forma discrecional por el Ayuntamiento, siempre que hayan sido solicitadas por el concesionario dentro del plazo establecido en la concesión.

A este respecto conviene aclarar un punto respecto de la doctrina sentada por esta Junta en diversos informes, entre ellos el 55/04 y el 12/06 que cita expresamente en su segundo informe el Secretario de la Corporación municipal. En tales informes se mantenía el criterio de que las prórrogas tácitas fueron suprimidas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en consecuencia debían considerarse nulas las cláusulas contractuales en que se establecieran aún cuando se tratara de contratos anteriores a la entrada en vigor de la misma. Nada hay que objetar, por supuesto, a este criterio, sin perjuicio de que en el caso presente no resulte de aplicación habida cuenta de que el pliego de cláusulas administrativas particulares de la concesión, respecto de la duración y prórrogas establece que “el periodo de duración de la concesión durante el cual el contratista adjudicatario podrá explotar la planta será de 15 años a contar desde el comienzo de funcionamiento de la misma, a tenor de lo establecido en la condición primera del pliego de prescripciones técnicas, pudiendo prorrogarse por otros periodos indeterminados de años sucesivos si lo denunciara el concesionario con seis meses de antelación al periodo de vencimiento de duración de la concesión y la Administración actuante lo estimara oportuno”. De la redacción de esta cláusula se desprende claramente que para que la prórroga sea efectiva, es precisa la solicitud del concesionario con una antelación no menor de seis meses antes del fin del periodo de duración de la concesión y la decisión expresa del Ayuntamiento, decisión que podrá adoptar sin más condicionantes que considerarla oportuna, es decir que es prácticamente discrecional. Ello excluye, por completo, la posibilidad de considerar que las prórrogas tienen carácter de tácitas, pues para entenderse otorgadas requieren de dos pronunciamientos expresos sobre ellas

Todo esto sin perjuicio, por supuesto, de que aún cuando las prórrogas no tengan carácter tácito, la redacción de la cláusula en cuestión es criticable por muchas otras razones, entre ellas, principalmente por su imprecisión y falta de tecnicismo.

4. La tercera y última cuestión se refiere a si en el supuesto de existir una ruptura del equilibrio económico, cabe la posibilidad de utilizar la ampliación del plazo contractual, como mecanismo de compensación del concesionario.

Esta es cuestión que en la actual Ley de Contratos del Sector Público aparece resuelta en el artículo 258 cuyo apartado 5 dice literalmente que *“en los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por 100 de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente”*.

Sin embargo, este precepto es una innovación de la Ley actual por lo que a tenor de lo dispuesto en la disposición transitoria primera antes vista, no es de aplicación al supuesto que contemplamos.

Desde el punto de vista de la legislación anterior podría traerse aquí a colación la doctrina de esta Junta a que se refiere el informe 12/06 en cuanto a la posibilidad de prorrogar la concesión para restablecer el equilibrio económico de la concesión, sentada en otros informes de la misma: *“la prórroga o ampliación del plazo de concesiones es cuestión extremadamente delicada por poder perjudicar a la libre concurrencia y, en este sentido, para su utilización en el caso concreto de las autopistas ha sido necesario una modificación normativa a nivel de Ley, cual es la operada por el artículo 157 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en virtud del cual se adiciona un artículo 25 bis a la Ley 8/1972, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, el cual viene a establecer la posibilidad de que la compensación al concesionario con objeto de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión en los supuestos de modificación o ampliación “podrá consistir, total o parcialmente, en la ampliación del plazo vigente de la concesión” sin que sea lícito extender esta prevención a supuestos distintos de aquéllos a los que se refiere, es decir, a las concesiones de autopistas en régimen de peaje”*.

Sin embargo, estos informes se refieren todos ellos a supuestos en que las obras que motivaban el desequilibrio financiero de la concesión eran acordadas por la Administración concedente y suponía una auténtica modificación del objeto del contrato. Lo que diferencia de modo esencial aquellos casos del que contemplamos en este informe es el hecho de que aquí las reformas y adaptaciones que es preciso realizar en las instalaciones cuya gestión constituye el objeto de la concesión, vienen impuestas por una autoridad ajena a la relación concesional.

Reducida a un estricto planteamiento, nos encontramos ante un supuesto en que, de acreditarse en la forma procedente el desequilibrio financiero producido, éste debe ser compensado por la Corporación que otorgó la concesión. No siendo posible esta compensación mediante un simple aumento de las tarifas por el corto periodo de tiempo que le resta a la concesión, la única solución sería que el Ayuntamiento asumiera el coste de la obra.

Para evitar tener que acudir a esta solución extrema, sólo cabe plantear la posibilidad de incrementar el plazo la concesión por el tiempo necesario para que una razonable elevación de las tarifas percibidas por la concesionaria permita amortizar la inversión.

De conformidad con el pliego de cláusulas administrativas particulares las prórrogas no tienen más límite que el derivado del tiempo máximo de duración previsto en la Ley para este tipo de concesiones, es decir 50 años si consideramos de aplicación lo dispuesto en el artículo 157 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de Junio (75 en la redacción originaria del artículo 158).

Ello quiere decir que legalmente la concesión podría ser prorrogada sin superar el máximo legal citado, siempre por acuerdo entre las partes. No habría inconveniente para que a la prórroga

si incorporaran las modificaciones correspondientes al objeto de compensar a la concesionaria el daño económico producido por la realización de las obras impuestas.

Esta posibilidad, sin embargo, debe ser analizada, asimismo, de conformidad con la cláusula que prevé la posibilidad de prorrogar la concesión, pues de su oscura redacción es difícil deducir si las prórrogas pueden acordarse con una duración anual (“pudiendo prorrogarse por otros períodos indeterminados de años sucesivos”), o si las prórrogas pueden tener, cada una de ellas una duración equivalente al plazo originario. En cualquier caso, ésta es una cuestión de carácter específico, sobre la cual no corresponde efectuar pronunciamiento a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, habida cuenta de que si los informes emitidos por ésta deben versar sobre cuestiones jurídicas de interés general.

La consulta se refiere, sin embargo, de modo específico a la ampliación del plazo concesional para permitir la compensación. Ello supondría, no tanto incrementar la duración del contrato por el mecanismo de las prórrogas previstas en él, cuanto aumentar el plazo de duración originario de la concesión, sobre el cual actuarían ulteriormente las prórrogas previstas. Pues bien, respecto de esta opción la Junta no puede por menos que manifestarse en contra habida cuenta de la falta de cobertura legal que una opción así tendría. En efecto no existe ni un solo precepto en la legislación aplicable a la concesión que examinamos que permita admitir una posibilidad tal.

La opción de considerar aplicable lo establecido en el artículo 258 b) de la vigente Ley de Contratos del Sector Público, es, según hemos puesto de manifiesto repetidas veces a lo largo de este informe, inaceptable de conformidad con la disposición transitoria primera de dicha Ley.

CONCLUSIONES

1. Si se determina, mediante las actuaciones pertinentes, que se ha producido una alteración sustancial de las condiciones económicas de la concesión podría considerarse que concurren las circunstancias que de conformidad con el artículo 258 b) de la Ley de Contratos del Sector Público obligan a la Administración a restablecer el equilibrio financiero del contrato.

2. Es posible la prórroga de la concesión en los términos previstos en la misma, por aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley de Contratos del Sector Público.

3. Cabe la posibilidad de utilizar la prórroga, siempre que no se supere el máximo de duración legalmente previsto ni lo dispuesto en la documentación contractual de la concesión, para restablecer el equilibrio financiero, siempre que haya acuerdo entre las partes, pero no mediante una ampliación del plazo originario de la concesión.