



Informe 39/12, de 21 de marzo de 2014, "Responsabilidad del contratista por circunstancias imprevisibles"

Clasificación de informes: 2.1.2. Contrato de gestión de servicios públicos. 11.2. Pliegos de cláusulas administrativas particulares. 21. Contrato de obras. 22. Contratos de gestión de servicios públicos. 22.5. Ejecución del contrato. 22.9. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de La Guardia (Jaén) dirige escrito a esta Junta Consultiva solicitando informe en relación con un contrato de concesión de servicio público de suministro de agua y alcantarillado en los siguientes términos.

"Este Ayuntamiento tiene adjudicado mediante concesión administrativa la gestión del servicio de suministro domiciliario de agua y alcantarillado en diversas urbanizaciones que se integran dentro del ámbito del término municipal y en el propio casco urbano. En el correspondiente Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen en dicha concesión se contiene la siguiente Cláusula:

"Cláusula 32ª. Explotación del Alcantarillado y Conservación de las Instalaciones.

1. El Concesionario deberá asegurar a través de sus medios técnicos la prestación del servicio a los usuarios y conservar en buen estado de funcionamiento el conjunto de las instalaciones y obras que se le confían, así como realizar todas las maniobras y funciones necesarias para la buena marcha del Alcantarillado.

*2. Tendrán la consideración de obras e instalaciones del Alcantarillado todas las redes y las acometidas de los abonados hasta la arqueta domiciliaria de la acera, incluyendo las instalaciones eléctricas y mecánicas de todo tipo. **Las reparaciones que deban efectuarse en todas estas obras e instalaciones del Alcantarillado se considerarán trabajos de conservación y correrán a cargo del Concesionario.***

3. El Concesionario asumirá, a su cargo, todos los gastos de la conservación y mantenimiento de las obras e instalaciones del Alcantarillado, excepto aquellos que por su naturaleza sean ampliaciones. Se considerarán obras de ampliación aquellas que se refieran al cambio de sección de tuberías, insuficiencia de timbraje, la sustitución de tramos completos de red (entendiéndose por tal, aquellos que superen los 10 ml), construcción de obras de fábrica de nueva planta que no sean sustitutivas de otras deterioradas por el uso defectuoso del Concesionario.

4. La conservación del Alcantarillado comprende:

- Vigilancia, control y mantenimiento de las estaciones de bombeo. - Vigilancia y conservación de las redes.

- Limpieza del sistema de Alcantarillado, incluidos pozos de registro e imbornales.

5. El concesionario deberá procurar que, en caso de obstrucción en red de Alcantarillado o avería grave, el tiempo de respuesta sea lo más corto posible".

*A la vista de esta cláusula se nos plantea la necesidad de llevar a cabo la interpretación, mediante acuerdo del Ayuntamiento Pleno, que en este caso es el órgano de contratación, qué se ha de entender por "**Las reparaciones que deban efectuarse en todas estas obras e instalaciones del Alcantarillado**", y ello en atención a la siguiente discrepancia:*

El deslizamiento y derrumbe de un muro de contención de unas parcelas particulares (muro que es de titularidad privada) ha provocado un daño en la tubería de las aguas del Alcantarillado, cuya reposición tiene un costo importante. A la vista de dicha circunstancia la concesionaria del servicio considera que dicha reparación no entra dentro del ámbito de la anterior cláusula 32ª toda vez que excede de lo que ella entiende que es el ámbito al que debe circunscribirse este concepto de "reparación" que es el que según ella, se ha de derivar exclusivamente de un "mantenimiento normal" de la infraestructura del sistema, por lo que en última instancia no se considera responsable de llevar a cabo dicha reparación a su costa. Se hace constar como es natural que la concesionaria percibe las tasas por alcantarillado y depuración de toda la urbanización, en la que se encuentran estas parcelas particulares.



Al objeto de determinar el alcance de esta condición técnica particular de la gestión del alcantarillado en el municipio, no sólo en atención a este caso particular sino en cualquier otro que en el futuro se plantea y en qué se haya de determinar el alcance real del concepto de reparación, ruego emita la opinión de esa Junta Consultiva de Contratación al respecto, sin perjuicio de ponerme a disposición de la misma para cuanta información complementaria interese al objeto, rogando que se pronuncie al respecto lo antes posible a la vista de la urgencia en la adopción de la medida de restauración de dicha infraestructura, para evitar el daño medioambiental correspondiente”.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

1. La Consulta planteada por el Ayuntamiento de La Guardia parece versar, en esencia, sobre si el concesionario que gestiona el servicio de suministro domiciliario de agua y alcantarillado en diversas urbanizaciones de su término municipal y en el propio casco urbano, debe de hacerse cargo de la reparación de la tubería de las aguas de alcantarillado, después de que el deslizamiento y derrumbe de un muro de contención de unas parcelas particulares haya causado daños en la misma.

A dicho efecto, el Ayuntamiento plantea dudas sobre la interpretación que debe dársele al concepto de reparación que figura en la Cláusula 32ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rige el contrato de gestión de servicios públicos en cuestión.

2. Con carácter preliminar, y al igual que en ocasiones anteriores (entre otros, ver informes 38/95, 62/96, 46/98, 31/98, 32/00, 54/00, 7/06, 20/11, 18/12), procede recordar que a esta 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 la misma. Por el contrario, a este órgano consultivo le compete dar respuesta a consultas jurídicas en el ámbito de la contratación pública que revistan un interés general. Por ello su intervención vía informe, debe limitarse a señalar criterios jurídicos de carácter general.

3. En primer lugar, debe analizarse el marco jurídico de la presente relación contractual. La Ley Reguladora de las Bases del Régimen Jurídico de las Entidades Locales establece en su artículo 25.2.c) como competencia propia de los Municipios el “*abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales*”.

Por otro lado, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre configura en su artículo 8 los contratos de gestión de servicios públicos como aquellos “*en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante*”.

Por tanto, como primera consideración, hay que señalar que el servicio de suministro domiciliario de agua y alcantarillado en diversas urbanizaciones de su término municipal y en el propio casco urbano es un servicio cuya competencia corresponde al Ayuntamiento de La Guardia, y que es susceptible de ser gestionado por un tercero, a través de la figura del contrato de gestión de servicios públicos. En dicho tipo de contrato es en el que, tal y como regula el artículo 277 del Texto Refundido, se enmarca la modalidad concesional ante la que nos encontramos en el presente caso.

4. Para abordar la consulta planteada debe partirse necesariamente de la regulación general que nuestra normativa vigente contempla respecto al principio de riesgo y ventura. Así, el artículo 215 del Texto Refundido citado, establece:

“La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado”.



El principio de riesgo y ventura es aplicable a la modalidad concesional. Así, el artículo 277a. del Texto Refundido establece que *“la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar la modalidad de concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura”*.

De hecho, tal y como se exponía en el informe 22/09 de esta Junta Consultiva, es requisito esencial de las concesiones el que el empresario gestione el servicio a su propio riesgo y ventura, entendido éste en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consustancial al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella. La explotación del servicio a riesgo y ventura del concesionario supone, pues, tal y como ha manifestado reiteradamente el Consejo de Estado (entre otros, en Dictámenes 403/2006 y 2383/2003) que la Administración permanece ajena a la suerte o desventura del concesionario.

5. Una vez vista la aplicabilidad general a este tipo de contratos del principio de riesgo y ventura del contratista, debe considerarse la posible existencia de circunstancias que exceptúen la aplicación de dicho principio.

Tal sería el caso de la existencia de una causa de fuerza mayor. Al respecto, debe acudir al artículo 282.4.c del Texto Refundido, que señala que *“la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley”*.

En el apartado segundo de este último artículo, el 231, se establece que tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes:

- a. *Los incendios causados por la electricidad atmosférica*
- b. *Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.*
- c. *Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.*

De conformidad con reiterada doctrina de esta Junta Consultiva, y según se ha indicado en la Consideración Jurídica 2ª de este Informe, no resulta posible entrar a valorar por parte de este órgano colegiado las circunstancias concurrentes en los distintos supuestos concretos que se le plantean.

No obstante lo anterior, sí puede por parte de esta Junta Consultiva señalarse con carácter general que en el caso de que se apreciara la existencia de un supuesto de fuerza mayor, estaríamos ante una excepción al principio de riesgo y ventura del contratista, existiendo una obligación por parte de la Administración Pública implicada de adoptar las medidas necesarias en beneficio del concesionario para restablecer el equilibrio económico del contrato, citándose dichas medidas en el artículo 282.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (modificación de las tarifas a abonar por los usuarios; prórroga del plazo del contrato, etc.).

Por el contrario, si no se apreciara la existencia de un supuesto de fuerza mayor, regiría el principio de riesgo y ventura del concesionario, sin perjuicio de las posibles acciones que pudiera considerar oportuno iniciar el concesionario frente a los titulares del muro que causó el daño en la tubería, por el coste derivado del daño producido.

6. En lo que respecta a la cláusula 32 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, debe darse por reproducido lo anteriormente señalado a lo largo del presente Informe en cuanto a las funciones de esta Junta Consultiva, para concluir una vez más que no corresponde a esta Junta Consultiva realizar la interpretación de cláusulas concretas de un Pliego de un contrato determinado, pues este órgano consultivo está llamado a pronunciarse sobre cuestiones de índole general en materia de contratación, y no sobre cuestiones particulares.

Sin perjuicio de ello, debe apuntarse con carácter general que tal y como señala el artículo 115.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público *“en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato...”*



Además, resulta procedente traer a colación como el propio artículo 115 en su apartado tercero establece que *“los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos”*. En línea con lo anterior, y como es sabido, es reiterada la configuración tanto doctrinal como jurisprudencial de los pliegos como “ley del contrato”.

Sentados estos principios, debe tenerse en cuenta que la respuesta a la cuestión planteada por el Ayuntamiento de La Guardia no puede provenir sino de lo expresado en la cláusula citada de los propios pliegos que rigen el contrato. En concreto, en la cláusula cuestionada se dispone literalmente que *“Las reparaciones que deban efectuarse en todas estas obras e instalaciones del Alcantarillado se considerarán trabajos de conservación y correrán a cargo del Concesionario”*, esto es, todas las reparaciones que deban efectuarse son de cuenta del concesionario, redacción que es lo suficientemente explícita en cuanto al cumplimiento de esta obligación.

Esta conclusión se ve confirmada por lo dispuesto dentro del párrafo siguiente de la misma cláusula, en el que se dispone que: *“El Concesionario asumirá, a su cargo, todos los gastos de la conservación y mantenimiento de las obras e instalaciones del Alcantarillado”*. Por tanto, si las reparaciones se consideran trabajos de conservación y los gastos de conservación son a cargo del concesionario, cualquier reparación que deba efectuarse será también a cargo de éste. Y todo ello, como consecuencia de la obligación legal de cumplimiento del pliego, que corresponde a las partes en un contrato público.

CONCLUSIONES:

Por todo lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

El concesionario es quien debe asumir las reparaciones a las que se refiere la consulta dentro del presente caso, como consecuencia de la obligación que pesa sobre el mismo derivada del cumplimiento del pliego, en virtud de la obligatoriedad legal que corresponde a éste.