



INFORME 2/2023, DE 17 DE MARZO DE 2023, SOBRE LA PROCEDENCIA DE COMPENSAR LOS GASTOS REALMENTE SOPORTADOS POR EL CONCESIONARIO DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA GESTIÓN DE SERVICIOS, CUANDO EXTINGUIDA LA RELACIÓN CONTRACTUAL, SE LE IMPONE UNILATERALMENTE COMO MANIFESTACIÓN DEL “FACTUM PRINCIPIS” SEGUIR PRESTANDO EL SERVICIO HASTA TANTO SE PRODUZCA LA ADJUDICACIÓN DEL NUEVO CONTRATO.

I - ANTECEDENTES

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de El Ejido solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

1º.- En fecha 28 de noviembre de 2000 fue firmado el contrato de Concesión para la gestión de servicios de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (R.S.U), limpieza urbana, limpieza de playas y recogida de animales de las vías públicas en el término municipal de El Ejido”, entre el Ayuntamiento y el representante de la empresa contratista “Hermanos Lirola, S.L.”, que fue la adjudicataria del contrato tras la celebración del correspondiente procedimiento de licitación, por el importe ofertado de 653.886.498 pesetas (3.929.937 euros) IVA incluido (se adjunta el contrato como documento núm. 1).

La cláusula 24ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), titulada “Plazos y duración del Contrato”, dispone que la duración de la concesión se establece por un plazo de 15 años, contados a partir de la fecha de la firma del contrato, previendo el párrafo segundo de dicha cláusula que la concesión se prorrogará tácitamente por períodos de un año, siempre que no sea denunciado por ninguna de las partes con seis meses de antelación a la fecha de vencimiento de cada período, y con el límite previsto para las concesiones administrativas en el art. 158 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y que si llegado el término de la concesión el Ayuntamiento aún no hubiera adjudicado de nuevo el contrato no hubiera asumido la gestión directa del servicio, el concesionario debería seguir la gestión de los servicios por tiempo no superior a seis meses, y debiendo permanecer en la gestión del servicio hasta que se produzca el relevo por el nuevo adjudicatario.

2º.- La Corporación Municipal en sesión de 21 de junio de 2002 acordó ampliar el contrato, añadiéndole una cláusula adicional, para incorporar el servicio de recogida de envases ligeros, por un importe de 60.181,23 euros anuales, ampliación que fue firmada por el contratista y el Ayuntamiento el 12 de julio de 2002 (se adjunta copia del contrato de ampliación como documento núm. 2).

3º.- La Corporación Municipal en sesión de 27 de febrero de 2003 acordó aprobar la revisión de precios del contrato, fijando la anualidad a partir del 1 de enero de 2003 en 4.424.607,48 euros (se adjunta copia de certificación del acuerdo como documento núm. 3).

4º.- La Corporación Municipal en sesión de 19 de marzo de 2004 acordó aprobar la revisión de precios del contrato, fijando la anualidad a partir del 1 de enero de 2004 en 4.714.861,73 euros (se adjunta copia de certificación del acuerdo como documento núm. 4).

5º.- La Corporación Municipal en sesión de 5 de marzo de 2012 aprobó la revisión y modificación del contrato, por mutuo acuerdo, fijando el nuevo canon en la cantidad de 6.276.024,77 euros, IVA incluido (se adjunta copia de certificación del acuerdo como documento núm. 5, y del contrato de ampliación firmado como documento núm. 6).

6º.- Por acuerdo plenario de 8 de octubre de 2012 fue autorizada la cesión del contrato suscrito en su día con la mercantil “Hermanos Lirola, S.L.”, a la Unión Temporal de Empresas formada por las empresas “Hermanos Lirola, S.L” y “Africana de Contratas y Construcciones,S.L.”, subrogándose la referida UTE en todos los derechos y obligaciones dimanantes del referido contrato (se adjunta copia de certificación del acuerdo como documento núm. 7).





7º.- Por acuerdo plenario de 29 de septiembre de 2015 se aprobó la revisión del precio del contrato, fijándose la anualidad para el período 2014-2015 en 6.577.090,30 euros, IVA incluido, y la revisión del contrato para el período 2015-2016, fijándose en 6.855.956,26 euros, IVA incluido (se adjunta copia de certificación del acuerdo como documento núm. 8).

8º.- Por acuerdo plenario de 12 de junio de 2017 fue aprobada revisión del precio del contrato, fijándose la anualidad para el período 2016-2017 en 6.931.097,44 euros, IVA incluido, así como la revisión del contrato para el período 2017-2018, fijándose en 6.957.972,79 euros, IVA incluido (se adjunta copia de certificación del acuerdo como documento núm. 9).

9º.- El 25 de mayo de 2015 el concejal delegado de Hacienda cursa notificación a la “UTE Hermanos Lirola, S.L y Africana de Contratas y Construcciones, S.L.”, de que el contrato suscrito el 28 de noviembre de 2000 no va a ser objeto de prórroga, quedando extinguido a su fecha de vencimiento el 28 de noviembre de 2015 (se adjunta copia del escrito como documento núm.10).

10º.- Por acuerdo plenario de 9 de mayo de 2016 se aprueba iniciar expediente para adjudicar la contratación de la concesión para la gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (RSU), recogida selectiva de envases ligeros y de papel cartón, limpieza viaria urbana, limpieza de playas y gestión del punto limpio en el término municipal de El Ejido, así como la permanencia del actual concesionario en la gestión del servicio hasta que se produzca el relevo por el nuevo adjudicatario (se adjunta copia del escrito como documento núm.11).

11º.- El Boletín Oficial de la Provincia de Almería de 17 de octubre de 2016, número 198, publica, en sus páginas 19 y 20, Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de la empresa “UTE Hermanos Lirola, S.L y Africana de Contratas y Construcciones, S.L.”, de fecha 12 de septiembre de 2016, que aprueban las revisiones salariales para los ejercicios 2016 y 2017 (se adjunta copia de las páginas del BOPAL, como documento núm.12).

12º.- Por acuerdo plenario de 3 de noviembre de 2016 se aprueba los Pliegos que habrían de regir la licitación (se adjunta copia de la certificación del acuerdo como documento núm. 13).

13º.- El Boletín Oficial del Estado correspondiente al 14 de noviembre de 2016, número 275, y en sus páginas 70440 y siguiente, publica el inicio de la licitación del servicio (se adjunta copia de las páginas del BOE, como documento núm.14).

14º.- Por acuerdo plenario de 5 de febrero de 2018 se aprueba la adjudicación del contrato “Lirola Ingeniería y Obras, S.L.”, (se adjunta copia de la certificación del acuerdo como documento núm. 15).

15º.- El 12 de julio de 2018 es firmada por el Ayuntamiento y la “UTE Hermanos Lirola, S.L y Africana de Contratas y Construcciones, S.L.”, “Acta de entrega de bienes afectos al contrato del servicio de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (RSU), limpieza urbana, limpieza de playas y recogida de animales de las vías públicas en el término municipal de El Ejido, con motivo de la extinción del mismo”. El documento especifica que no es responsabilidad de la UTE desde el día 13 de julio el mantenimiento y conservación de los bienes entregados que constan en el acta. Por tanto, la prestación del servicio a cargo de la UTE concluye el 12 de julio de 2018, y el nuevo concesionario, “Lirola Ingeniería y Obras, S.L.”, comienza a prestar el servicio el 13 de julio de 2018 (se adjunta copia de la certificación del acta como documento núm. 16).

16º.- El 2 de septiembre de 2020 la “UTE Hermanos Lirola, S.L y Africana de Contratas y Construcciones, S.L.” presenta escrito en el Ayuntamiento, en el que expone que el 13 de julio de 2018 dejó de prestar los servicios públicos del contrato, día de comienzo de la nueva concesionario, y que tras el fin de la prestación de los servicios contratados y para proceder a la liquidación y finalización del contrato, se han mantenido distintos encuentros con los Servicios Técnicos Municipales y de la nueva concesionaria; en donde se acordó el pago entre concesionarias de las cuantías pendientes de



amortización de los equipos y maquinarias adscritos al contrato, pero que existen distintos aspectos a regularizar entre la UTE y el Ayuntamiento para la liquidación del contrato (se adjunta copia del escrito como documento núm. 17).

Desglosa y justifica la liquidación, en resumen, de la siguiente manera:

A. Liquidación de anualidades Pendientes.-

La cuantifica en un importe de 17.593,42 euros, IVA incluido.

B. Modificación porcentaje revisión del canon.-

La cuantifica en un importe de 17.301,86 euros, IVA incluido.

Justifica la cantidad en la necesidad de modificar la fórmula de revisión del contrato, establecida en la cláusula 27 del mismo (el que rigió el contrato de 28 de noviembre de 2000), y ello en base a que el acuerdo Plenario de 5 de marzo de 2012 aprobó la revisión y modificación del contrato, por mutuo acuerdo, estableciendo el precio anual en la cantidad de 6.276.024,77 euros, y que de la descomposición de dicho precio se desprende que las partidas destinadas a inversión y amortizaciones suponen el 7,87 por 100, y que con la aplicación de la fórmula con el factor de corrección de 0,8 para compensar las amortizaciones del contrato genera un perjuicio económico directo al minorar la repercusión del IPC en todos los precios del contrato, cuantificando la pérdida en la cantidad señalada de 17.301,86 euros más IVA.

C. Revisión anual Extraordinario para la anualidad 2018.

La divide en tres subapartados:

1.- Costes de Personal por incremento de las tablas salariales desde el año 2016.

La cuantifica en 189.207,40 euros más IVA.

La justifica como consecuencia del acuerdo de 12 de septiembre de 2016 con los representantes de los trabajadores, diciendo que dicho acuerdo fue “conjuntamente y auspiciado por el Excmo. Ayuntamiento de El Ejido”.

2.- Costes petición revisión IPC para el ejercicio 2018.

La cuantifica en 25.006,43 euros más IVA.

La justifica como consecuencia de la sentencia número 70/2020 del Juzgado de los Social número 1 de Almería, que obliga a la aplicación de las revisiones salariales de los años 2018 y 2019 establecidas en el Convenio Colectivo.

3.- Costes demandas de domingos y festivos de las tablas salariales 2013.

La cuantifica en 52.998,26 euros más IVA.

La justifica como consecuencia del fallo del Juzgado de los Social de Almería que dieron la razón a los trabajadores por diferencia en sus nóminas por los conceptos de domingos y festivos, y horas extraordinarias en domingo y festivos desde el 1 de enero de 2015 al 31 de agosto de 2016.

17º.- La Corporación Municipal, en base y de conformidad a los informes del Interventor de 4 de diciembre de 2020 (se adjunta copia del informe como documento núm. 18) y del jefe de la unidad de Contratación de 14 de diciembre de 2020 (se adjunta copia del informe como documento núm. 19), adopta acuerdo estimando parcialmente la petición (se adjunto copia de certificación del acuerdo como documento núm. 20).

Especifico en resumen el acuerdo, de conformidad con los informes indicados, por cada concepto:



A. Liquidación de anualidades Pendientes.-

Se acepta.

B. Modificación porcentaje revisión del canon.-

Se desestima porque la modificación se efectuó durante la vigencia contractual de la concesión, y no durante la prestación obligatoria del mismo, a partir de 29 de noviembre de 2015, por lo que la modificación y revisión del contrato se ha de atener a sus cláusulas.

C. Revisión anual Extraordinario para la anualidad 2018.

1.- Costes de Personal por incremento de las tablas salariales desde el año 2016.

2.- Costes petición revisión IPC para el ejercicio 2018.

3.- Costes demandas de domingos y festivos de las tablas salariales 2013.

Estas peticiones son desestimadas en base a los informes del Interventor y del jefe de la unidad de Contratación.

El informe del Interventor considera que se trata de aumento de costes ocasionadas por las modificaciones salariales derivadas de negociación colectiva, por lo que, de acuerdo con informes de la Junta Consultiva de Contratación, que cita, tales modificaciones acordadas por el concesionario y la representación sindical de sus trabajadores, y sin la intervención de la Administración, constituye un vicisitud de la concesión de la que ha de responder el concesionario, no la Administración, al ser aquella a riesgo y ventura de aquél.

Y a la misma conclusión llega, en su informe, jefe de la unidad de Contratación.

18º.- Una vez notificado el acuerdo, la “UTE Hermanos Lirola, S.L y Africana de Contratas y Construcciones, S.L.”, interpone el 15 de febrero recurso de reposición contra el acuerdo del Pleno de 23 de diciembre de 2020 (se adjunta copia del recurso como documento núm. 21).

19.- El 26 de agosto de 2021 informa el Secretario el recurso (informe cuya copia se acompaña como documento núm. 22).

El Secretario llega a las siguientes conclusiones:

Desestimar por las mismas razones en que se basó el acuerdo de Pleno de 23 de diciembre de 2020 los conceptos e importes reclamados a los epígrafes A, B, C 2 y C 3.

Estimar parcialmente la reclamación del epígrafe C1 por importe de 172.263 euros más IVA.

Y ello porque, según dice el Secretario en su informe:

- La continuación del concesionario en la prestación del servicio más allá del plazo fijado en el correspondiente contrato, prórrogas contractuales incluidas, es una imposición de obligaciones de servicio público de la Administración a los concesionarios o prestadores del servicio, y una de las manifestaciones del factum principis, hasta tanto el nuevo prestador del servicio se hace cargo del mismo.

- TS ha declarado en sentencia de fecha 21 de julio de 2020 dictada en interés casacional, recurso número 7567/2018, que el derecho a la compensación económica por la imposición de obligaciones de servicio público como puede ser una prórroga impuesta forzosamente por la Administración ante una situación de interrupción del servicio, no requiere que el adjudicatario del contrato de gestión del servicio público al que se impone la prórroga impugne la decisión de imposición de la prórroga.



- Con el contrato extinguido, y durante la prestación del servicio por imposición de la Administración, la concesionaria “UTE Hermanos Lirola, S.L y Africana de Contratas y Construcciones, S.L.” acuerda con la representación sindical de sus trabajadores la Revisión Salarial para los años 2016 y 2017, aprobando nuevas tablas salariales.

- La cláusula 31.4.2 del PCAP que rige la actual concesión, vigente en la actualidad desde el 13 de julio de 2018, establece la obligación al nuevo concesionario a subrogar en el servicio a los trabajadores de la anterior concesión, en todos los derechos y obligaciones laborales que viniera disfrutando con el anterior concesionario, así como cualquier otra condición más beneficiosa (...). A tal efecto se hace constar que los convenios colectivos que afectan al personal objeto de subrogación son los que figuran en el Anexo IX, Convenios colectivos, del Pliego de Prescripciones Técnicas, que han sido puestos de manifiesto por el actual concesionario. Es decir, que las tablas salariales, que constan en el referido anexo IX del PPT, y su revisión publicada en el BOP de Almería de 17 de octubre de 2016, número 198 (documento núm. 23) fueron tenidas en cuenta por el Ayuntamiento para la determinación del precio de licitación de los pliegos que han regido la nueva licitación, tablas salariales que son de aplicación en consecuencia a los trabajadores de la nueva concesión, por lo que si el nuevo concesionario hubiera comenzado a prestar el servicio al día siguiente de la finalización del anterior, el 29 de noviembre de 2015, el Ayuntamiento hubiera tenido que pagar el nuevo precio de la licitación que incluía las nuevas tablas salariales por lo que éste ha tenido un beneficio consistente en la diferencia retributiva y en perjuicio del anterior concesionario que no hubiera tenido que soportar el sobrecoste salarial de haber concluido el contrato inicial en la fecha indicada por el propio Ayuntamiento, el 28 de noviembre de 2015, por la permanencia en el servicio durante 31 meses y 15 días por el factum principis obligado por la no incorporación del nuevo concesionario cuya responsabilidad en el retraso es atribuible exclusivamente al Ayuntamiento.

- Por ello, con todos los respetos, discrepo del informe del Interventor que desestima esta petición. En este supuesto no estamos ante una negociación colectiva realizada por el concesionario al margen de la Administración, para después trasladar el nuevo precio a la Administración sin riesgo alguno para el concesionario y con conculcación del riesgo y ventura para el concesionario que rige esta figura; por el contrario, en este caso se ha hecho la negociación con el consentimiento del Ayuntamiento que se ha servido de ésta para aplicar el nuevo importe de la masa salarial tras el acuerdo empresa/sindicatos conculcando el riesgo y ventura del concesionario para determinar el precio de la licitación y aplicarlo a la nueva concesionaria, y que de haber comenzado el nuevo concesionario a la fecha de extinción del anterior, la “UTE Hermanos Lirola, S.L y Africana de Contratas y Construcciones, S.L.”, no hubiera tenido el sobrecoste añadido del período de la prestación obligatoria del mismo por el factum principis, y a su vez el Ayuntamiento ha obtenido un enriquecimiento injusto durante el período en que no ha abonado al prestador del servicio el importe del canon de la concesión determinado por las nuevas tablas salariales que sí aplica al actual concesionario de acuerdo con los PPCC de la nueva concesión.

Para la determinación de la cuantía, el Secretario ha tenido en cuenta el informe del técnico responsable del seguimiento del servicio, de fecha 26 de mayo de 2021 (se adjunta copia del informe como documento núm. 24).

En consecuencia, solicito que la Junta Consultiva de Contratación emita informe pronunciándose sobre la resolución del recurso de reposición en los términos indicados por el Secretario de la Corporación.

II - INFORME

1. Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.



Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

El Ayuntamiento de El Ejido solicita *“que la Junta Consultiva de Contratación emita informe pronunciándose sobre la resolución del recurso de reposición en los términos indicados por el Secretario de la Corporación”*, con base en la documentación e información que aporta la entidad consultante.

Al respecto no cabe más que señalar que no le compete a este órgano consultivo asesorar jurídicamente a la entidad solicitante para la toma de decisiones en sus expedientes contractuales con respecto a las relaciones jurídicas que mantenga con terceros, ni por tanto orientar la fundamentación o el contenido de la parte dispositiva que haya de tener una resolución administrativa, tal como se pretende.

Ello no obstante, si podemos extraer de la petición del Alcalde de la Corporación, una cuestión, que es precisamente a la que se constriñe la controversia, que sí reviste caracteres de generalidad permitiendo un pronunciamiento de la Comisión Consultiva de Contratación.

En concreto, tal cuestión sería si el concesionario de un contrato de gestión de servicios que debe continuar la ejecución de las prestaciones objeto de aquel, pero no por efecto del contenido obligacional del mismo sino por haberse acordado unilateralmente por la Administración la continuación de la prestación hasta la adjudicación de una nueva concesión como manifestación del *“factum principis”*, ha de ser retribuido respetando las condiciones estipuladas en la concesión ya extinguida y por tanto respetando el principio de riesgo y ventura, o si por el contrario debe ser resarcido por los costes efectivamente soportados desde el momento en que presta el servicio por imposición de la Administración.

2. Dicho lo anterior, procede en primer lugar destacar algunos elementos fácticos resultantes de la consulta formulada y la documentación que la acompaña, que van a ser relevantes no solo para centrar la cuestión que debe ser analizada, sino también para determinar el régimen jurídico aplicable para resolverla.

2.1.- En fecha 28 de noviembre de 2000 fue firmado el contrato de Concesión para la gestión de servicios de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (R.S.U), limpieza urbana, limpieza de playas y recogida de animales de las vías públicas en el término municipal de El Ejido”, entre el Ayuntamiento y el representante de la empresa contratista “Hermanos Lirola, S.L.”, que fue la adjudicataria del contrato tras la celebración del correspondiente procedimiento de licitación, por el importe ofertado de 653.886.498 pesetas (3.929.937 euros) IVA incluido. La cláusula 24ª del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), titulada “Plazos y duración del Contrato”, dispone que la duración de la concesión se establece por un plazo de 15 años, contados a partir de la fecha de la firma del contrato, previendo el párrafo segundo de dicha cláusula que la concesión se prorrogará tácitamente por períodos de un año, siempre que no sea denunciado por ninguna de las partes con seis meses de antelación a la fecha de vencimiento de cada período, y con el límite previsto (75 años) para las concesiones administrativas en el art. 158 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas

Se añade, y esto es relevante, que si llegado el término de la concesión el Ayuntamiento aún no hubiera adjudicado de nuevo el contrato o no hubiera asumido la gestión directa del servicio, el concesionario debería seguir la gestión de los servicios por tiempo no superior a seis meses, y debiendo permanecer en la gestión del servicio hasta que se produzca el relevo por el nuevo adjudicatario.

2.2.- Por acuerdo plenario de 8 de octubre de 2012 fue autorizada la cesión del contrato suscrito en su día con la mercantil “Hermanos Lirola, S.L.”, a la Unión Temporal de Empresas formada por las empresas



“Hermanos Lirola, S.L.” y “Africana de Contratas y Construcciones, S.L.”, subrogándose la referida UTE en todos los derechos y obligaciones dimanantes del referido contrato.

2.3.- El 25 de mayo de 2015 el concejal delegado de Hacienda cursa notificación a la “UTE Hermanos Lirola, S.L y Africana de Contratas y Construcciones, S.L.”, de que el contrato suscrito el 28 de noviembre de 2000 no va a ser objeto de prórroga, quedando extinguido a su fecha de vencimiento el 28 de noviembre de 2015.

2.4.- Por acuerdo plenario de 9 de mayo de 2016 se aprueba iniciar expediente para adjudicar la contratación de la concesión para la gestión de los servicios públicos de recogida y transporte de residuos sólidos urbanos (RSU), recogida selectiva de envases ligeros y de papel cartón, limpieza viaria urbana, limpieza de playas y gestión del punto limpio en el término municipal de El Ejido.

Igualmente se acuerda la permanencia del actual concesionario en la gestión del servicio hasta que se produzca el relevo por el nuevo adjudicatario.

Ello en base a la previsión del propio PCAP (Cláusula 24) que a su vez encontraba amparo legal en el principio de continuidad en la prestación del servicio, que ha sido sucesivamente salvaguardo, mediante diferentes figuras, en las diversas leyes de contratos, entre ellas, en la ley 13/1995, artículo 162, apartado a). También en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, que en su artículo 128 impone como obligación general del concesionario “prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente”

2.5.- La adjudicación de la nueva concesión de servicios se produce el 5 de febrero de 2018 a favor de la mercantil “Lirola Ingeniería y Obras, S.L.”. Tras la formalización del correspondiente acta, la prestación del servicio a cargo del anterior concesionario concluye el 12 de julio de 2018, y el nuevo concesionario, “Lirola Ingeniería y Obras, S.L.”, comienza a prestar el servicio el 13 de julio de 2018.

2.6.- Paralelamente, en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería de 17 de octubre de 2016, publica Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de la empresa “UTE Hermanos Lirola, S.L y Africana de Contratas y Construcciones, S.L.”, de fecha 12 de septiembre de 2016, que aprueban las revisiones salariales para los ejercicios 2016 y 2017.

Y en este punto es importante destacar, que para la determinación del precio de la nueva concesión de servicios se tuvo en cuenta el importe de la masa salarial calculada conforme a ese nuevo convenio.

2.7.- La UTE titular de la concesión de servicios anterior “UTE Hermanos Lirola, S.L y Africana de Contratas y Construcciones, S.L.” el 2 de septiembre de 2020, presenta escrito en el que, entre otros extremos, reclama la diferencia de costes de personal (que cifra en 189.207,40 euros más IVA) por incremento de las tablas salariales, desde el momento en que entra en vigor el nuevo convenio que sirvió para determinar el presupuesto del nuevo contrato y hasta que se produce la cesación del servicio el 12 de julio de 2018.

Como se anticipó, la cuestión se centra en dilucidar si ese incremento salarial ha de ser soportado por el antiguo concesionario, por aplicación del principio de riesgo y ventura, o si por el contrario, la continuidad en la prestación del servicio, más allá del término del contrato y por causas ajenas al concesionario, puede considerarse causa de restablecimiento del equilibrio económico y en su caso, por qué vía legal se podría articular el reequilibrio.



3. Para resolver la cuestión ha de tenerse en cuenta que, acogiéndose a la previsión contenida en el PCAP (cláusula 24) el Ayuntamiento consultante comunicó, con la antelación prevista en el pliego, que el contrato quedaría extinguido con fecha de efectos del 28 de noviembre de 2015. Sin embargo, también ordena que hasta tanto se adjudique la nueva concesión de servicios, el concesionario continuaría con la gestión del mismo. Como se ha analizado en el fundamento primero, esa prerrogativa -manifestación del “factum principis”- estaba no solo contemplada en el PCAP, sino que cuenta con amparo legal en el artículo 162 a) de la Ley de contratos 13/1995 y el artículo 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Por tanto, la continuación provisoria en la gestión del servicio de recogida de residuos que realiza el antiguo concesionario desde que el Ayuntamiento comunica la finalización de la concesión y hasta que se adjudica el nuevo contrato, no se sustenta una suerte de prórroga tácita del mismo¹ sino en una nueva obligación que no surge de una relación negocial sino del ejercicio de una potestad unilateral de la Administración, orientada a garantizar sin solución de continuidad, la prestación de servicios esenciales cuando, al momento de la extinción de un contrato, no se ha adjudicado el nuevo.

Indudablemente, el desarrollo de la prestación durante el periodo de interinidad, deberá ajustarse, en la medida de lo posible, a lo previsto en el contrato anterior, pues a la postre se trata de dar continuidad a un servicio que ya se venía ejecutando. Pero al no tener la nueva obligación fundamento en el mismo, el principio de riesgo y ventura no constituye impedimento para que se compense al contratista por la totalidad de los gastos que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación, como así ocurre en el caso analizado en el que, la aprobación de un nuevo convenio laboral durante el periodo de gestión del servicio por imposición unilateral del Ayuntamiento, reportó un mayor coste salarial para la UTE concesionaria. Debe recordarse que los costes salariales de la nueva concesión fueron considerados por el Consistorio a la hora de elaborar el presupuesto de la nueva licitación.

La justificación de la compensación de los gastos realmente soportados por el concesionario de servicios al que se le impone unilateralmente la continuación de la prestación ha sido analizada con brillantez por la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su dictamen emitido en expediente 31/17, que por su acierto hacemos íntegramente nuestro y reproducimos, para evitar incurrir en adanismo.

Debemos anticipar que el mismo contiene una conclusión favorable a indemnizar los gastos realmente incurridos por el concesionario del servicio, pero no con sustento en instrumento contenido en la legislación de contratos, como podría ser el establecido en el artículo 164 de la ley de contratos 13/1995, pues no nos encontramos ante una prórroga, ni ante una modificación por razones de interés público que produzca afectación al régimen financiero del contrato, dado que la nueva obligación del concesionario nace extramuros de la relación negocial.

La compensación a su favor se fundamenta en la teoría del enriquecimiento injusto, pues son las decisiones de la Administración, que demora la adjudicación de la nueva licitación ordenado que continúe la prestación, las que motivan que el antiguo concesionario deba seguir gestionando el servicio soportando un coste salarial superior - por efecto de la aprobación de un nuevo convenio - al que hubiera soportado el nuevo adjudicatario.

¹Aunque la prórroga tácita estaba prevista en el PCAP y a pesar de que el ajuste a derecho de las mismas es cuestionable (vid. Informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado informes como el de 24 de marzo de 2006 (expediente 12/06) o el de 12 de noviembre de 2004 (expediente 47/04) hemos de recordar que en nuestro caso el Ayuntamiento preavisó con antelación la extinción del contrato y la fecha de efectos de la misma.



Se pronuncia en los siguientes términos la Junta Consultiva de Contratación del Estado en el precitado dictamen:

“3. Como ha señalado esta Junta Consultiva en anteriores informes como el de 10 de diciembre de 2018 (expediente 37/16), los contratos públicos están investidos de una característica especial como es el hecho de servir a la consecución de un interés público. Esta circunstancia es particularmente relevante e intensa en el supuesto de los contratos de gestión de servicios públicos dado que, en ocasiones, el objeto del contrato es un servicio que se presta a los ciudadanos, el cual está afectado por el principio de continuidad en la prestación del servicio.

La nueva 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), incorpora a su artículo 29.4 unas previsiones para otorgar un plazo añadido a los contratos que permita garantizar la continuidad de la prestación al vencimiento del mismo, como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles producidas en el procedimiento de adjudicación y cuando existan razones de interés público para no interrumpir la prestación. Tal posibilidad queda sometida a ciertos límites, tal y como quedó analizado en el citado informe 37/16, de 10 de diciembre.

Este principio tiene reflejo específicamente en el contrato de concesión de servicios, de forma que al regular las obligaciones del concesionario en el artículo 288 de la LCSP, se especifica que deberá “a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.” A continuación se añade un inciso no previsto en la legislación anterior conforme al cual “En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.”

Estos preceptos no estaban vigentes ni el momento de la adjudicación del contrato objeto de consulta ni en el momento de su finalización, fecha en que comienza a prestarse el servicio por necesidades de continuidad del mismo, pero externamente al acuerdo contractual originario.

No obstante, la desaparición jurídica del contrato de gestión de servicios públicos sujeto a la legislación anterior no hace desaparecer íntegramente la posibilidad de mantenimiento de la prestación. El principio de continuidad del servicio ha sido consagrado expresamente entre las obligaciones del concesionario en las sucesivas leyes de contratos (161.a) del TRLCAP, 256.a) de la LCSP de 2007 o 280.a) del TRLCSP), y a su tenor se admite la posibilidad de que se ordene que continúe de la prestación con posterioridad a la terminación del contrato. Tal posibilidad resulta asimismo de lo establecido en el artículo 128.1.1ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, a tenor del cual entre las obligaciones del concesionario se encuentra la de “1.ª Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevinidas e imprevisibles ocasionen una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial.” Tal posibilidad deriva directamente de las necesidades de interés público que el servicio supone y de los posibles perjuicios que su desaparición podría ocasionar.

Sobre la base de este principio se ha justificado la prolongación de la prestación del servicio público en situaciones como la descrita en la consulta, posibilidad que ciertamente ha sido avalada por la jurisprudencia.



El Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de noviembre de 1986, reiterando lo señalado en la Sentencia de 22 de marzo de 1985, señala que “no se está ante un caso de prórroga expresa o tácita del contrato con plena aplicación de la cláusula 9.ª que excluye la revisión, sino ante una situación excepcional en que, denunciado el contrato en la forma legalmente establecida y pactada, la Administración por razones de interés público unidas a la necesidad de continuidad del servicio -y mientras no se seleccione al nuevo contratista- impone coactivamente la permanencia del anterior con unas consecuencias equiparables a las producidas cuando la Administración hace uso de las facultades que forman el contenido del «ius variandi», con la ineludible contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario de un servicio público...”

Pues bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones y partiendo del hecho de que la situación de patología en la continuación de la prestación se genera como consecuencia de un retraso de la Administración en la licitación del nuevo contrato, las consecuencias que de ello derivan para el contratista deben resolverse teniendo en cuenta la proscripción del enriquecimiento injusto de las partes en el contrato. Conforme a este principio resulta lógico entender que, una vez prolongada la obligación de prestación del servicio público a un contratista por causa imputable a la Administración, esta debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos en que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación.

Lógicamente, a los efectos de la correcta retribución del concesionario, nos encontramos ante dos situaciones distintas: la relación creada en el contrato originario y la situación que se origina con la prolongación del servicio público. En la primera, el régimen de obligaciones y de reparto de riesgos deberá regirse en todos sus extremos por el contrato inicial, que se asienta en un equilibrio económico basado en unas inversiones, unas condiciones de prestación del servicio y un sistema de retribución durante un plazo determinado. Todo ello es el resultado de un procedimiento de selección del contratista en el que con arreglo a esas condiciones el contratista asume el riesgo y ventura en la prestación del servicio.

En el segundo de los casos, la situación de continuidad del servicio imprevista en el momento de la licitación inicial y que sólo es imputable a la entidad pública titular del servicio, el principio rector de las relaciones entre las partes debe ser el de evitar el enriquecimiento injusto de la Administración a costa del concesionario como consecuencia de su deber de continuar con la prestación del servicio público. Por ello, la totalidad de los gastos que se generen en este nuevo periodo deben ser adecuadamente compensados y la forma correcta de hacerlo es atendiendo a las condiciones previstas en el contrato original (tales como reparación de instalaciones por obsolescencia, nuevos gastos derivados del incremento de prestaciones, etc.) Esto no quiere decir, como hemos reiterado, que se siga cumpliendo el contrato primigenio, pues el mismo ya ha sido extinguido por el transcurso de su plazo máximo, sino que la nueva prestación que se ejecuta extramuros del contrato es, no obstante, similar a la que se amparaba en aquel, se origina en el contrato y debe cumplirse en la medida de lo posible conforme a las previas estipulaciones de las partes.

De este modo, si por causas excepcionales, durante el periodo imprescindible para paliar esa situación excepcional, y atendiendo a la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, se justifica que se prolongue la prestación del contratista, éste deberá ser adecuadamente retribuido, especialmente en el supuesto de que se altere el equilibrio económico en detrimento del contratista, el cual deberá restablecerse adecuadamente para subvenir a las necesidades que plantea la prestación del servicio en este periodo. Tal prestación excede del contenido del riesgo y ventura asumido por el contratista conforme al contrato ya extinguido y, por ello, es claro que no tiene que soportar las consecuencias económicas de una situación no imputable a él y que va más allá del contrato en los términos pactados.



Por esta razón, el principio de riesgo y ventura propio del contrato de gestión de servicios públicos debe ser, en definitiva, modulado para este periodo que, lógicamente, debe ser transitorio y excepcional, por el tiempo que resulte necesario para que el nuevo concesionario asuma la prestación del servicio público en el nuevo contrato.

En este punto, cabe recordar el criterio de esta Junta ante estas situaciones según el cual la solución a este tipo de problemas (Informe de 10 de diciembre de 2018, expediente 86/18) estriba en una diligencia reforzada de los órganos de contratación y en un concepto al que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, otorga una gran importancia en su artículo 28.4 como es la programación y planificación adecuada de su actividad contractual”.

En análogo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia 1066/2020 de 21 julio (recurso de casación 7567/2018) en la cual se analiza si la obligación impuesta, no en virtud e relación contractual, sino unilateralmente por la Administración a un concesionario de gestión del servicio de transporte publico, en base al artículo el artículo 85 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, da derecho al concesionario a solicitar que se le compense la totalidad de gastos incurridos, incluso en el supuesto de no haber impugnado la decisión de la Administración.

El Alto Tribunal sienta doctrina jurisprudencial en los siguientes términos:

“La doctrina jurisprudencial que establecemos es que el derecho a la compensación económica, en aplicación del Reglamento (CE) nº 1370/2007 (LCEur 2007, 2015) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la imposición de obligaciones de servicio público como puede ser una prórroga impuesta forzosamente por la Administración ante una situación de interrupción del servicio, no requiere que el adjudicatario del contrato de gestión del servicio público al que se impone la prórroga impugne la decisión de imposición de la prórroga”.

III – CONCLUSIONES

Primera.- No corresponde a la Comisión Consultiva de Contratación asesorar sobre aspectos concretos ni por tanto orientar el sentido de un recurso administrativo interpuesto contra una decisión adoptada en el seno de un expediente de contratación

Segunda.- Se encuentra justificada la compensación de los gastos realmente soportados por el concesionario de un contrato de concesión de servicios adjudicado durante la vigencia de la ley de contratos 13/1995, cuando, extinguida la relación contractual, se le impone unilateralmente como manifestación del “factum principis” seguir prestando el servicio hasta tanto se produzca la adjudicación del nuevo contrato.

Tercera.- Dicha compensación al concesionario de la gestión del servicio, no tendría sustento en instrumento contenido en la legislación de contratos, como podría ser el establecido en el artículo 164 de la ley de contratos 13/1995, pues no nos encontramos ante una prórroga, ni ante una modificación por razones de interés público que produzca afectación al régimen financiero del contrato, dado que la nueva obligación del concesionario nace extramuros de la relación negocial.

Cuarta.- La compensación a favor del concesionario se fundamenta en la teoría del enriquecimiento injusto

Es todo cuanto se ha de informar.