



ASUNTO: /

Reclamación de mantenimiento del equilibrio económico del contrato de gestión de servicio público.

251/12

F

INFORME

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de **XXXXX** se emite el presente Informe, el cual no tiene carácter vinculante y cuyo ponente ha resultado ser el funcionario arriba indicado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Por el Ayuntamiento de referencia se plantea cuestión sobre la viabilidad de acceder a las pretensiones del adjudicatario de mantener el equilibrio económico del contrato de gestión del servicio de depuración de aguas residuales.

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

1. Constitución Española (CE)
-



2. Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LRBRL)
3. Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de Disposiciones vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).
4. LEY 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas/Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 2/2000, Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. (LCSP).Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD legislativo 3/2011
5. Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955

III. FONDO DEL ASUNTO

Antes de realizar un pronunciamiento sobre la cuestión sometida a Informe estimamos necesario realizar unas consideraciones sobre los conceptos de *"riesgo y ventura"* y *"restablecimiento del equilibrio económico-financiero de los contratos públicos"*.

En el concepto clásico el concesionario de un servicio público ha de asumir los riesgos financieros. Lo que se persigue según esta concepción es lograr la efectiva prestación del servicio, dejando al gestor las consecuencias económicas de la prestación.

Así podemos observar cómo el artículo 98 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por RD legislativo 2/2000, , establecía con carácter general lo siguiente:



La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144.

Por su parte, el artículo 199 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (coincidente con el artículo 215 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -TRLCSP- aprobado por RD legislativo 3/2011), dispone:

La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, 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.

Por otro lado, el principio según el cual el concesionario gestiona el servicio concedido a su " riesgo y ventura " fue recogido por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales (artículo 57.1), hoy derogado, lo que permitió a la jurisprudencia aplicar tal principio a la concesión de servicios. La especialidad de la institución de la concesión, tanto por su habitual larga duración como por la incidencia de nuevos factores no previstos durante su desarrollo, impidió en la práctica la aplicación del principio de " riesgo y ventura".

(1) Artículo 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales:

"1. Los contratos en que intervengan las Corporaciones locales se entenderán siempre convenidos a riesgo y ventura para el contratista, sin que éste pueda solicitar alteración del precio o indemnización, excepto por alguna de las siguientes causas:

- *a) incendios originados por la electricidad atmosférica;*
-



- *b) daños producidos por terremotos;*
- *c) daños derivados de movimientos del terreno en que se estén construyendo las obras;*
- *d) destrozos ocasionados violentamente a mano armada en tiempo de guerra o por sediciones populares o robos tumultuosos; y*
- *e) aumentos que excedan del 10 por 100 del precio de los materiales o jornales que de hecho viniere satisfaciendo el contratista, cuando fueren establecidos por precepto obligatorio y no existiere demora imputable a aquél en relación con los plazos señalados por el Pliego de condiciones."*

(1) Derogado

Asimismo, rigen en la institución concesional el principio de remuneración suficiente (artículo 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), debiéndose incorporar en el Pliego de Condiciones económicas las previsiones suficientes para que desde el inicio de la concesión el concesionario perciba las cantidades precisas para que éste consiga los objetivos que establece el artículo 129 antes citado, esto es, amortizar durante el plazo de la concesión el costo del establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y **lograr un margen normal de beneficio**.

Hay quien afirma que el principio que rige la concesión en su aspecto económico es el del "equilibrio financiero de la concesión" y no el tradicionalmente predicado de "riesgo y ventura". Así, incluso la STS de 14 de febrero de 1986 señaló que mientras los contratos de obras responden al principio de riesgo y ventura, tal principio no es aplicable a la esfera de la concesión ya que para éstas el principio aplicable es el del "equilibrio financiero". Incidimos en este momento en lo dicho con anterioridad respecto a la derogación del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y la aplicación a todos los tipos de contratos del



principio de riesgo y ventura (artículo 98 del derogado TRLCAP, 199 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público y 215 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RD legislativo 3/2011).

El problema estribaría en delimitar con claridad el alcance de este principio, pero en cualquier caso ha de quedar constancia a tenor de la Jurisprudencia que este equilibrio está concebido como una técnica que tiene por fin último asegurar el **mantenimiento del Servicio Público en circunstancias anormales** (STS de 14 de marzo de 1985) e igualmente **conseguir el mantenimiento del principio de continuidad en la prestación del servicio** (STS de 13 de marzo de 1981).

El principio de equilibrio económico que inspira la concesión en su desarrollo se logra a través de diversas técnicas que son la adecuada respuesta a las posibles modificaciones y circunstancias concurrentes durante la vida de la concesión. Estas circunstancias son:

1ª El llamado derecho de la Administración a modificar el contrato ("**ius variandi**"), cuya respuesta es la compensación económica para restablecer la ecuación o equilibrio roto por una decisión puntual de la Administración (ejemplo: ordenar la ampliación del servicio).

2ª La disposición del carácter general ("**factum principis**") que incide en la economía del contrato. Su respuesta ha de ser la revisión de tarifas o el aumento de la subvención concedida.

3ª La llamada "**teoría de la imprevisión**" o de "**circunstancias imprevisibles**" a la que se refiere el artículo 127.2.2 b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al afirmar que cuando sin mediar



modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinan la ruptura de la economía de la concesión...

Son pues causas ajenas, externas e imprevisibles que exceden del riesgo normal de todo contrato.

Pero ha de reconocerse que uno de los problemas que más dificultades plantea es el de determinar qué es imprevisible, a efectos del equilibrio económico de la concesión. Por ello deben razonar los concesionarios en su petición, y justificar los motivos y circunstancias que concurren en el caso y que pondrían en peligro la continuidad del servicio, lo que en definitiva ha alterado el principio del "equilibrio financiero" y la economía de la prestación y gestión del servicio.

Finalmente, no debe olvidarse que así como el interés público en juego, que no es otro que la continuidad de la prestación del servicio, exige que la Administración participe en la suerte del concesionario frente a estas circunstancias imprevistas, cual recogen el Reglamento de Servicios y la Jurisprudencia (STS de 20 de diciembre de 1986), no debe olvidarse que estamos en presencia de una técnica que sobre la base de mantener la prestación del servicio no ofrece al concesionario una compensación total, sino que lo que hace es como dice algún autor "*repartir los perjuicios imprevisibles*". No hay una compensación total.

El mantenimiento del equilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos es quizá la cuestión que más conflictos genera entre Administración y contratistas. Los concesionarios suelen reclamar periódicamente compensaciones económicas, alegando que se ha producido un desequilibrio en su perjuicio en la marcha del servicio. Muy poco frecuente es una reclamación de la Administración al concesionario, al que tienen igual derecho las Entidades locales amparados en la previsión



del artículo 127.2.2.b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales; derecho sólo expresamente reconocido en la legislación estatal de contratos a partir de la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que dio nueva redacción al artículo 248.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Se trata de una cuestión muy deficientemente regulada en nuestro ordenamiento jurídico e igualmente no precisada de forma suficiente por nuestra jurisprudencia.

La Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público en su artículo 241 (coincidente con el artículo 258 del TRLCSP), si bien referido al contrato de concesión de obra pública con el que el gestión de servicios mantiene gran similitud en una de sus partes, establece:

Artículo 241. *Mantenimiento del equilibrio económico del contrato.*

1. *El contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente.*

2. *La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:*

- *Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.*
 - *Cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión. A estos efectos, se entenderá por causa de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214.*
-



- *Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en el apartado 4 de la letra c), y en la letra d) del artículo 115.1*

3. 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 establecidas por la utilización de la obra, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en el apartado 2.b, y siempre que la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 % de tarifas abonadas por los usuarios, podrá prorrogarse el plazo de la concesión por un periodo que no exceda de un 15 % de su duración inicial. En el supuesto de fuerza mayor previsto en el apartado 2.b, la Administración concedente asegurará los rendimientos mínimos acordados en el contrato siempre que aquella no impidiera por completo la realización de las obras o la continuidad de su explotación.

Aunque suele calificarse al equilibrio económico como "*concepto jurídico indeterminado*", cuando nos encontramos ante un contrato concreto debe haberse reflejado ese equilibrio en términos económicos. En el estudio económico, que preceptivamente ha de haber elaborado la Administración (artículo. 158.del derogado TR LCAP, artículo 117 de la Ley 30/2007 y artículo 133 del TRLCSP) y en el que han de aportar los licitadores y que será base de la adjudicación, ha de quedar perfectamente definido el punto de equilibrio entre ingresos y gastos, de manera que el adjudicatario, mediante una "*buena y ordenada administración*", pueda "*amortizar durante el plazo de la concesión el costo del establecimiento del servicio y cubrir los*



gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial" (artículo 129.3 del RS). El art. 163.2 del derogado TRLCAP, el artículo 258 de la Ley 30/2007 y el artículo 182 del TRLCSP señalan expresamente que **el equilibrio económico que debe mantenerse es el considerado en el momento de la adjudicación**: "...de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato." Por lo tanto, al adjudicarse un contrato de gestión de servicios públicos, debe quedar perfectamente establecido el nivel previsto de ingresos y gastos y el margen de beneficio del adjudicatario; y en ese punto se considera equilibrado el contrato, comprometiéndose ambas partes a mantener ese *status quo*. Debería, también, establecerse un margen de fluctuación hacia arriba y hacia abajo, en el que juega el otro principio básico de la contratación administrativa: el "*riesgo y ventura del contratista*" (artículos. 98, 156.a, 220.2, 224.1 y 3, 225, 239, 243.b del derogado TRLCAP y sus equivalentes en la Ley 30/2007, artículos 199, 253, 7, 236, 225 y 229). No debe olvidarse que ambos principios juegan simultánea y coordinadamente en los contratos de gestión de servicios públicos, como reitera la jurisprudencia:

STS de 24 de abril de 1985:

".. el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio del riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la «res pública», en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales...» [STS de 9 de octubre de 1987 (Ponente: Gordillo García)]. «... hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado «el alea normal del contrato» es decir, la pérdida o beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice el concesionario



de todos los riesgos eventuales de la empresa, y los traslada a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio, y, en esta hipótesis, contraria a los intereses públicos y a los principios de justicia eterna..."

En el mismo sentido, STS de 13 de noviembre de 1986 y STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2004

Para poder apreciar si se ha producido o no ese desequilibrio que reclama el concesionario, deberán analizarse los datos numéricos de la concesión y la causa de que no se estén cumpliendo las previsiones. Primero habrá que comprobar si la previsión de ingresos que no se cumple fue dada por el Ayuntamiento; lo que pudo ser comprobado por los licitadores, ya que la Administración debe siempre exigir a los licitadores una "*diligencia de buen empresario*" y una actuación de "*buena fe*", por lo que, si pudiendo hacerlo, no verificó los datos que hubiese dado el Ayuntamiento, partió él en su estudio económico de otros datos propios, o conociendo que no eran precisos los datos aportados por el Ayuntamiento, no los corrigió. **Esta actuación negligente no puede servir de base para una reclamación económica al Ayuntamiento.** El desequilibrio en la economía del contrato ha de haberse producido por circunstancias independientes de la buena gestión del empresario y que éste no hubiera podido prever normalmente (SSTS de 22 de octubre de 1981 ; de 14 de diciembre de 1989 ; de 8 de octubre de 1991, de 1 de julio de 1992 y de 6 de octubre de 1992).

Simultáneamente habrán de analizarse detalladamente los gastos del servicio: un menor volumen de agua a depurar puede suponer que determinados gastos también sean menores (por ejemplo, el consumo eléctrico); también puede suceder que los gastos en los que la empresa pensaba incurrir tampoco sean exactos en la práctica, pues quizá no haya contratado a todo el personal previsto o lo haya hecho con contratos



bonificados fiscalmente o en las cuotas a la Seguridad Social, ser inferior o superior el consumo eléctrico, etc. El equilibrio económico se determina en función de los ingresos y gastos, por ello no debe tenerse en cuenta sólo una merma en los ingresos, sino su correlación con los gastos efectivos en los que incurre el contratista para obtener esos ingresos.

Si finalmente se constatase que la disminución en los ingresos no es imputable al contratista, que no hubo una previsión errónea por su parte en la estimación de los mismos, debe determinarse el *quantum* del desequilibrio, descontando, en su caso, los menores costes que haya soportado el concesionario. En este caso, nos encontraríamos ante una ruptura del equilibrio económico por un "*riesgo imprevisible*" (y no por un *factum principis* o *ius variandi*), lo que supone que entra en juego un principio jurisprudencial básico en materia de mantenimiento del equilibrio económico : **el reparto del desequilibrio**. El criterio del reparto de cargas o de los mayores beneficios no es discutida ni por la doctrina (A. BALLESTEROS FERNÁNDEZ, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T. RAMÓN FERNÁNDEZ, F. SOSA WAGNER, MUÑOZ MACHADO...) ni por la jurisprudencia (SSTS de 21 de octubre de 1980 ; 14 de marzo 1985 ; de 13 de noviembre de 1986; de 18 de diciembre de 2001 y de 16 de septiembre de 2004 , entre otras muchas). Reiteran todas estas sentencias que no procede la reparación integral del concesionario, sino la compensación o reparto entre ambas partes:

«... la mayor onerosidad sobrevenida [...] ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario el riesgo y ventura de la explotación (es decir, las consecuencias que puedan derivar de los eventos, inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a la construcción de la ecuación inherente a la misma), mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos, con el fin de, siguiendo el principio de «rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato», mantener el equilibrio financiero de este



último y evitar el colapso total que por impotencia económica progresiva del contratista, sufriría el servicio público y el interés público a él anejo...» (STS de 13 de noviembre de 1986).

El problema con el que nos encontramos para articular este reparto del desequilibrio, es que ni el derecho positivo ni la jurisprudencia concretan en qué porcentaje debe hacerse, por lo que debe ser en los pliegos donde debiera preverse esta situación. Si no ha sido así, no quedaría más remedio que negociar con la empresa, teniendo como límite que los datos económicos han de garantizar que el servicio siga siendo rentable, pero que la empresa deberá conformarse con un menor beneficio.

Pero sobre todo, y no nos corresponde a nosotros su estudio al carecer de conocimiento técnicos para ello, lo determinante en el caso concreto del Ayuntamiento de XXXXX es analizar si el concesionario a la hora de realizar su estudio económico no incurrió en inexactitud o en falta de previsión, ya que, por ejemplo, considerar que las tarifas eléctricas no subirían o subirían en un porcentaje inferior a la media de los últimos años, se convierte en una "torpeza" de aquel, la cual no entra dentro de la cobertura de las causas justificativas del mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

CONCLUSIÓN

Deben analizarse los datos aportados por el concesionario como estudio económico del servicio y determinar si las causas alegadas por el mismo como determinantes de la ruptura económica del contrato constituyen elemento que obligue al Ayuntamiento a su restablecimiento, en el bien entendido caso que, y tal como arriba hemos expresado, la causa habilitante para tal actuación debe estar originada o por el ius variandi



ejercido por el Ayuntamiento, que no es caso, por el factum principis, que parece que tampoco, o en causa imprevisible que no pueda ser achacada o a una mala gestión del adjudicatario o a una falta de previsión del mismo.

En todo caso, deberá tenerse en cuenta el principio de reparto del desequilibrio para el supuesto de que se determine su ruptura por causa que obligue a su restablecimiento.

Posible nulidad del contrato.-No obstante no ser objeto de consulta por parte del Ayuntamiento, debería tenerse en cuenta la posible nulidad del contrato afectado, por cuanto aunque se argumentara como causa de adjudicación sin licitación estar en presencia del llamado ciclo integral del agua, éste hay que entenderlo como un concepto medioambiental que no determina la posibilidad de la adjudicación de estos contratos sin sometimiento a los principios de licitación pública.

Éste es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculante para con lo solicitado por el Ayuntamiento de XXXX, que en uso de sus competencias y de la autonomía reconocida constitucionalmente resolverá lo pertinente.

Badajoz, 5 de Octubre de 2012
