



ASUNTO: /

Rescate del servicio público de suministro de agua potable.

350/12

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 HECHOS. ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de referencia somete a nuestro parecer la posibilidad del rescate del mencionado servicio público, esgrimiendo como causa habilitante la petición por el concesionario del mantenimiento del equilibrio económico del contrato e "*informes de la Policía Local donde se observan las deficiencias del servicio*".

II. LEGISLACIÓN APLICABLE

- Real Decreto legislativo 2/2000, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
-



- Reglamento el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001 .
- Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
- Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril
- Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

III. FONDO DEL ASUNTO

Como quiera que la cuestión de fondo y los hechos argumentados son idénticos que los contenidos en nuestro Informe **080-IJ-2013**, reproducimos íntegramente éste:

1. Legislación aplicable.-Siendo que el contrato fue adjudicado en el ejercicio de 2006, la normativa sobre contratación aplicable al mismo será tanto el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000 /TRLCAP), como el Reglamento el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001 .

2. El rescate de los servicios públicos.-La potestad de rescate del servicio concedido, **por razón de interés público**, antes de que transcurra el plazo de duración prefijado en el contrato, es una posibilidad que legalmente tiene atribuida la Administración en las siguientes normas:

- artículos 167 b) y 168.2 del TRLCAP:

167 b): *"Son causas de resolución del contrato de gestión de servicios públicos, además de las señaladas en el artículo 111, con la excepción de*



sus letras e y f, las siguientes:b) El rescate del servicio por la Administración."

168.2: Por razones de interés público, la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente.

- Artículo 99.1 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril:

"En los casos en que se requiera la expropiación de empresas industriales o comerciales o el rescate de concesiones, se dará aviso a los interesados con seis meses de anticipación, por lo menos."

- Artículo 127 del RS:

"La Corporación concedente ostentará, sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes: ... 5. Rescatar la concesión."

2. la Corporación concedente deberá:... 4) Indemnizar al concesionario por el rescate de la concesión o en caso de supresión del servicio.

En virtud del rescate, la Administración adjudicataria decide, **por razones de interés público, la extinción anticipada de una concesión para gestionar directamente el servicio**. Como tal, el rescate no es una consecuencia de la resolución sino que es, **en sí misma, otra de las causas por las que puede resolverse el contrato de gestión de servicios públicos, además del incumplimiento del contratista**. Es una decisión unilateral de la Administración que ejerce en el ámbito de sus potestades y que impide a la Administración recurrir a la gestión indirecta del servicio, **debiendo explotarlo por sí misma e indemnizar al concesionario**. Por otra parte, **debe constar la invocación de un**



interés público que justifique el rescate más allá del incumplimiento del concesionario.

Como señala el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, Nº 604/2011, de 2 de noviembre de 2011: "*... conviene indicar que el `rescate´ constituye una de las causas de extinción de los contratos administrativos que prevé hoy el art. 262.b LCSP para el contrato de gestión de servicios públicos (también aludían a él, los arts. 168.b y 169.2 LCAP; 167.b y 168.2 TRLCAP y los arts. 75.3 y 79 de la derogada Ley de Contratos del Estado (texto articulado de 1965 -LCE-) y art. 232 del derogado Reglamento de Contratos del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre con fundamento en "razones de interés público", pero no precisamente por razón o como consecuencia de incumplimiento de clase alguna por parte del contratista -de ahí las consecuencias indemnizatorias prevenidas -así, artículo 170.4 de la LCAP . Además, que el rescate por razones de interés público conlleva la ulterior prestación del servicio de manera directa por la Administración (art. 169.2 LCAP)".*

Por tanto, es el rescate, como acabamos de ver, una causa de resolución del contrato, no por incumplimiento contractual imputable al contratista, sino basado en una causa de interés público. Llevando, por otra parte, aparejada dos consecuencias, la necesaria gestión directa del servicio por el Ayuntamiento y la obligación de indemnizar al contratista, ya que se le ve privado, sin causa a él imputable, de un beneficio al que tiene derecho por resultar en su día adjudicatario de un contrato administrativo.

3.El mantenimiento del equilibrio económico del contrato.-Como ha venido sosteniendo esta Oficialía Mayor (entre otros, nuestros informes 87-IJ-2012, 251-IJ-2012 y 38-IJ-2013), en lo que ha venido a llamarse el concepto tradicional de contrato de gestión de servicios públicos, **el concesionario debe asumir los riesgos financieros derivados de la explotación o gestión** del mismo. En este concepto lo pretendido es conseguir la efectiva prestación del servicio, **derivándose al contratista las consecuencias económicas de la prestación de aquel.**



El artículo 98 del TRLCAP, establecía con carácter general que *“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.”*. Este mismo concepto de riesgo y ventura fue recogido también por el ya derogado Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales en su artículo 57.1. Asimismo, el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por RD legislativo 3/2011, mantiene en su artículo 215 el mismo principio de riesgo y ventura ***“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.”***

Tal conceptualización permitió a la jurisprudencia aplicar este principio a la concesión de servicios.

No obstante lo anterior, en este tipo de contratos al que nos estamos refiriendo rige también el **principio de remuneración suficiente** establecido en el artículo 129.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RSCL), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955:

*“3. En todo caso, la retribución prevista para el concesionario deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el costo de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un **margen normal de beneficio industrial.**”*

En cumplimiento de esta obligación recogida en el citado precepto deben incorporarse al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares las necesarias previsiones 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 del RSCL; 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 autores que consideran que en los contratos de concesión de la gestión de un servicio público, una vez puesto en funcionamiento éste, rige el principio del "**equilibrio financiero de la concesión**" y no el tradicionalmente considerado de "*riesgo y ventura*". Incluso nuestro Tribunal Supremo, en determinadas Sentencias, ha señalado 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*".

Sin embargo, el problema que se plantea es establecer nítidamente esa línea divisoria entre los dos principios y, sobre todo, determinar en qué momento se ha producido la ruptura del equilibrio económico del contrato. En todo caso, y según tiene sentado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, **el fin último del principio de mantenimiento del equilibrio económico no es otro que asegurar el mantenimiento del servicio público en circunstancias anormales** (STS de 14 de marzo de 1985) **y**, además, conseguir el mantenimiento del principio de **continuidad en la prestación del servicio** (STS de 13 de marzo de 1981, reiterada entre otras en la de 21 de junio de 2005)

El mantenimiento de ese equilibrio económico se puede conseguir mediante diversas técnicas que vienen a ser la respuesta adecuada a las posibles modificaciones y circunstancias concurrentes durante la vida de la concesión:

1ª El derecho de la Administración contratante a modificar el contrato o "*ius variandi*", cuya respuesta es la justa contraprestación económica para restablecer el equilibrio roto como consecuencia de una decisión de la propia Administración.

2ª Una disposición del carácter general o "*factum principis*" que viene a incidir sobre la economía del propio contrato.

3ª La llamada "*circunstancias imprevisibles*" a las que se refiere precisamente el artículo 127.2.2 b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuando dice "*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*".



Es notorio que el mantenimiento del equilibrio económico de los contratos en el ámbito de la Administración Local es una de las cuestiones más conflictivas. Es usual que los concesionarios de servicios públicos reclamen de forma periódica compensaciones económicas so pretexto de la ruptura del equilibrio económico del contrato. Sin embargo no es usual el camino contrario, es decir, que la Administración reclame del concesionario o una bajada de tarifas o una variación del canon concesional si se produjera alguna de las previsiones del artículo 127 del RSCL. Derecho que sí se reconoce en el artículo 248.2 del TRLCAP (coincidente hoy con el artículo 258.2 del TRLCSP) para el contrato de concesión de obra pública, aplicable en nuestra opinión también al contrato de gestión de servicio público :

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

a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra.

b) 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 144 de esta Ley. (hoy artículo 131 del TRLCSP)

c) Cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e y 233.1.d de esta Ley.(hoy apartado 4.º de la letra c), y en la letra d) del artículo 131.1. del TRLCSP)

Por su parte, la STS de 1 julio de 1992, nos dice que *"Sobre la base de estos preceptos la doctrina ha montado la teoría del riesgo imprevisible, que consiste en apreciar el derecho del concesionario a que se restablezca el equilibrio económico de la concesión siempre que incida sobre éste, una **circunstancia que no pudo ser prevista** y sea independiente de la buena gestión."*



Por tanto, cualquier otra variable distinta de alguna de las tres que hemos venido mencionando, cae directamente dentro del concepto de riesgo y ventura del contrato, que debe asumir, para lo bueno y para lo malo, el contratista.

No obstante lo anterior, y trayendo a colación lo afirmado por el Tribunal Supremo en su mencionada Sentencia de 1 de julio de 1992, podríamos considerar la ruptura del equilibrio económico del contrato, a favor del Ayuntamiento, siempre que pueda acreditarse que el concesionario está obteniendo un beneficio no previsto (riesgo imprevisible) y no achacable a la buena gestión llevada a cabo por aquel.

Por lo que al caso concreto del Ayuntamiento de XXXX se refiere, decir que aunque en el escrito de petición de informe se nos indique *"concurriendo actuaciones de la empresa concesionaria que son contrarias al contrato en cuestión, como es solicitar varios reequilibrios económicos, los cuales la Corporación ha asumido sin acuerdo hasta la fecha"*, lo cierto es que la solicitud de mantenimiento del equilibrio económico no es una actuación contraria al contrato, no sólo porque tal derecho está reconocido en los preceptos que arriba hemos mencionado, sino porque, además, está específicamente recogido en la cláusula 1.2 del Pliego como uno de los derechos del concesionario. Cuestión distinta es que éste acredite o no la ruptura del equilibrio basado en alguna de las tres causas habilitantes que hemos mencionado y cuestión distinta también es que el Ayuntamiento acceda o no a esa petición.

4.Resolución del contrato por causa imputable al contratista.-El artículo 111 del TRLCSP establece con carácter general para todos los tipos de contratos administrativos las siguientes causas de resolución:

1. *La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.*
 2. *La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.*
 3. *El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.*
-



4. *La falta de prestación por el contratista de la garantía definitiva o las especiales o complementarias de aquélla en plazo en los casos previstos en la Ley y la no formalización del contrato en plazo.*
5. *La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en el artículo 7 1.2, letra d.*
6. *La falta de pago por parte de la Administración en el plazo de ocho meses, conforme al artículo 99.6.*
7. *El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.*
8. *Aquellas que se establezcan expresamente en el contrato.*
9. *Las que se señalen específicamente para cada categoría de contrato en el articulado de esta Ley.*

Ya específicamente para el contrato de gestión de servicios públicos, el artículo 167 del TRLCSP establece las siguientes:

- a. *La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*
- b. *El rescate del servicio por la Administración.*
- c. *La supresión del servicio por razones de interés público.*
- d. *La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.*

Salvo las causas que se referenciaron al inicio del presente informe (solicitudes de mantenimiento del equilibrio económico del contrato e informes de la Policía Local donde se observan las deficiencias del servicio, sin que las mismas se nos concreten) no observamos causas que posibiliten la resolución del contrato por causa imputable al contratista.

5.Advertencia sobre el rescate del servicio.-Debe advertirse que, aunque ya lo indicamos en el punto dos del presente informe, el rescate lleva aparejada dos consecuencias la **obligatoria gestión directa del servicio por el Ayuntamiento** y la **obligación de indemnizar al contratista**, ya que se le ve privado, sin causa a él imputable, de un beneficio al que tiene derecho por resultar en su día



adjudicatario de un contrato administrativo. Pues bien, tal indemnización supondrá tanto la necesaria devolución de la parte proporcional del canon anticipado en su día entregado por el concesionaria al Ayuntamiento, como el pago del llamado lucro cesante del período correspondiente a la parte del contrato pendiente de ejecución, así, como, en su caso, la indemnización por otros daños y perjuicios que el adjudicatario pudiera acreditar.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento referenciado, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz, a 25 de marzo de 2013
