



Audiencia de Cuentas de Canarias

DICTAMEN EN RELACIÓN CON LA CONSULTA FORMULADA POR EL AYUNTAMIENTO DE CANDELARIA RELATIVA A LA SOLICITUD DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA PRESENTADA POR LA EMPRESA CONCESIONARIA DE LOS SERVICIOS DE RECOGIDA DE RESIDUOS URBANOS.

CUESTIÓN PLANTEADA

Solicitud de compensación económica presentada por la empresa concesionaria de los servicios de recogida de residuos urbanos.

ANTECEDENTES

Primero.- Con fecha 29 de diciembre de 2000, se adjudicó por el Pleno del Ayuntamiento a la empresa Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. “la concesión de la gestión de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y/o asimilables a estos y transporte de los mismos, recogida selectiva de residuos y transporte de los mismos, suministro, colocación, mantenimiento y lavado de contenedores, limpieza viaria, limpieza de jardines y zonas ajardinadas públicas y limpieza de edificios, locales, dependencias municipales, centros docentes y colegios públicos e instalaciones deportivas del termino municipal de la villa de candelaria”

Segundo.- El correspondiente expediente administrativo de concesión de la gestión de servicios referenciados, el Pliego de condiciones facultativas, económico-administrativas y jurídicas del concurso para la contratación, se aprobaron por el Ayuntamiento Pleno reunido en Sesión extraordinaria celebrada el día 30 de junio de 2000. Publicándose el Pliego de condiciones en el B.O.P. nº 86, de 19 de julio de 2000 y en el BOE nº 220, de 13 de septiembre de 2000.

El artículo 48 del Pliego de condiciones que rige la contratación referido al “personal a subrogar por el adjudicatario”, establece que las condiciones y características del personal que integra la plantilla del personal fijo del Ayuntamiento de Candelaria, se acompañaban al mismo, siendo esta información parte integrante del Pliego.

Las condiciones por las que se rigen las relaciones laborales del personal de la plantilla fijo, son las generales que figuran en el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Candelaria, el cual fue acompañado al Pliego, con las tablas salariales del año 1999.

Tercero.- El Ayuntamiento de Candelaria aprobó, por acuerdo del Pleno municipal, reunido en Sesión ordinaria, celebrada el día 27 de octubre de 2000 nuevo Convenio Colectivo para el personal laboral, correspondiente al periodo 2000-2001, en el que se modifican condiciones económicas (incremento del 5% del Plus Tóxico-Penoso) y de jornada del personal (reducción de jornada para la totalidad de la plantilla de dos horas en periodo



Audiencia de Cuentas de Canarias

comprendido entre los meses de octubre a junio, ambos incluidos, pasando la jornada de 37 a 35 horas semanales y de 2,5 horas semanales los meses de julio, agosto y septiembre, pasando en esos meses de 32 a 29,5 horas).

Cuarto.- El contrato de concesión de la gestión de los servicios con la empresa adjudicataria, se formalizó con fecha 16 de febrero de 2001.

Quinto.- Con fecha 20 de febrero, mediante Decreto nº 289/2001 de la Alcaldía-Presidencia, se transfiere, con efectos de fecha 1-03-2001, al personal municipal que en el texto se detalla, a la empresa Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. –que se subrogará en la posición jurídica del Ayuntamiento de Candelaria- en ejecución de lo previsto en los artículos 47 y 48 del Pliego de concesión de la gestión de los servicios

Sexto.- Con fecha 2 de diciembre de 2002, un año después de la modificación, la empresa TECMED, S.A. solicita al Ayuntamiento de Candelaria, la aprobación, reconocimiento y abono del contratista a la compensación económica, al objeto de mantener el equilibrio económico del contrato.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera: En materia de contratación administrativa y con carácter general rige en la ejecución de la prestación el principio de riesgo y ventura que ha de asumir el contratista. Y así el artículo 98 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, (en adelante TRLCAP) establece que *“La ejecución de contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista”*, en el mismo sentido el artículo 128.1 apartado 1 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, establece como obligación general del concesionario la de *“Prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionares una subversión en la economía de la concesión.”* Lo anterior se concreta en la obligación que asume el contratista de ejecutar el contrato por el precio que ha ofertado y ha sido aceptado por la Administración en las condiciones reguladas en los Pliegos de Prescripciones Técnicas y de Cláusulas Administrativas Particulares, que según establece el artículo 49 del TRLCAP se constituyen como parte del contrato, es decir el documento que recoge los pactos y condiciones definidoras de los derechos y obligaciones que asumirán las partes en el contrato y que como expresión del principio *“pacta sunt servanda”*, básico de la contratación en general y de la contratación administrativa en particular, ha dado lugar a que doctrinal y jurisprudencialmente se configure a los pliegos como verdadera *“ley del contrato”*. La jurisprudencia ha aplicado profusamente este principio para rechazar la mayor parte de las pretensiones indemnizatorias de los contratistas fundadas en circunstancias distintas a los supuestos tasados legalmente.



Audiencia de Cuentas de Canarias

Segunda: De lo dicho deducimos que la regla general en materia de contratación administrativa es la de la innegociabilidad de la concesión del contrato máxime cuando se realiza mediante la fórmula del concurso-procedimiento abierto, ya que el principio general es el de la objetivación de la oferta y la objetivación de la selección del contratista, de ahí que la fórmula de la “revisión de precios”, como instrumento matizador del principio de riesgo y ventura que rige la ejecución de la prestación, venga regulado en el artículo 103 del TRLCAP en los siguientes términos: *“El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego.”* El legislador ha querido conjugar junto al principio de riesgo y ventura el del “mantenimiento del equilibrio financiero del contrato”, estableciendo la figura de la revisión de precios de manera excepcional y siempre que se contenga tal posibilidad expresamente en el pliego. Según reiterada jurisprudencia la revisión de precios tiene un carácter excepcional, en cuanto pugna con una serie de principios básicos de la contratación administrativa, como son los de riesgo y ventura, precio cierto, e inmutabilidad del contrato o “*pacta sunt servanda*”, por lo tanto las estipulaciones de la revisión de precios así como el principio del equilibrio financiero del contrato debe ser interpretado de manera restrictiva siendo consecuencia de ello el que corresponda al contratista la acreditación de las circunstancias que justifican este remedio excepcional (STS de 13 de julio de 2001).

Tercera.- Además de lo dicho las otras tres excepciones al los “principio de riesgo y ventura” y “precio cierto”, serían el “*ius variandi*”; el “*riesgo imprevisible*”; y el “*factum principis*”, supuestos en los que de manera todavía más excepcional si cabe, que en el caso de la revisión de precios procedería una “compensación económica” encaminada a la restitución del equilibrio financiero del contrato, si se dan los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos y siempre que la revisión de precios devenga ineficaz ante la imprevisibilidad del acontecimiento generador de los costes.

Procede analizar los elementos de cada uno de los supuestos, en el caso del “*ius variandi*”, para el contrato de gestión de servicios públicos viene establecido el artículo 163.2 del TRLCAP lo siguiente: *“Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.”*, en el mismo sentido se pronuncia el legislador en el artículo 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Por lo tanto para darse una compensación tiene que darse una modificación contractual acometida por la Administración contratante y con arreglo a lo contenido en el TRLCAP.

Tratándose de un “*riesgo imprevisible*”, que igualmente produzca una alteración del equilibrio económico contractual, cuya reparación no es posible mediante la revisión de precios, entra en juego la compensación al amparo de la denominada “doctrina del riesgo razonablemente imprevisible” conectada a la “*cláusula Rebus Sic Stantibus*”, como señala el fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo



Audiencia de Cuentas de Canarias

del TS de 30 de abril de 1999, al decir que “como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente la condiciones de la ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes que la que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato, o en su caso la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado”

Y en este sentido el TS en su Sentencia de 26 de diciembre de 1990, establece que para que sea aplicable dicha doctrina como fórmula compensatoria, las circunstancias concurrentes además de imprevisibles ha de haberse producido sin culpa de los contratantes.

Finalmente la teoría del “factum principis” , alude a la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación debida a medidas administrativas generales, que aunque no modifican directamente el objeto del contrato ni lo pretenden, inciden sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste. El Tribunal Supremo considera (STS de 25 de abril y de 20 de diciembre de 1986), necesario para que se de el nacimiento del derecho indemnizatorio en estos casos, ha de tratarse de medidas imperativas y de obligado cumplimiento, que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan un daño especial al contratista dando lugar a la citada compensación.

Cuarta.- En este aspecto concretamente referido a los aumentos que puedan operar los costes de personal en virtud de los convenios colectivos la Junta Consultiva de la Administración General del Estado en Informe de 12 de noviembre de 1999, expediente 34/99 e Informe 38/00, de 21 de diciembre de 2000 ha señalado “ en la fase de adjudicación la Administración debe considerarse ajena a las cuestiones relativas a los componentes que los licitadores han tomado en consideración para llegar a un resultado concreto en cuanto a la cuantía de su proposición económica y, en concreto, si habían tenido en cuenta los efectos derivados del citado artículo 77 y, en cuanto a la fase de ejecución, afirmaba que "respecto de contratos ya adjudicados la revisión del importe de adjudicación por repercusiones derivadas del artículo 77 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad debe ajustarse a los preceptos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas sobre revisión de precios y, en general, modificaciones de los contratos que difícilmente podrán tener su fundamento en el citado artículo 77 del Convenio Colectivo.

En definitiva, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sostiene que las variaciones de precio por incremento de los costes de personal, sólo pueden tener reflejo en el precio del contrato a través de las correspondientes fórmulas de revisión de precios en los que se haya tomado en consideración tal componente.”

Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 23 febrero 2001 dictamina: “... se desprende de lo expresado en la sentencia recurrida, estaba estipulada una actualización en función del Convenio Colectivo vigente en cada momento, y se estableció un tope máximo para esa actualización; es decir, estaba contractualmente previsto el incremento que pudieran



Audiencia de Cuentas de Canarias

“que ese incremento pudiera ser superior al IPC, pero, a pesar de esta última previsión, en el contrato se estipuló que el Ayuntamiento no asumiría la totalidad del incremento sino sólo hasta el límite del IPC. Lo que acaba de señalarse hace que ese incremento, por encima del IPC, no sea algo ajeno a las bases que los contratantes tuvieron presentes cuando perfeccionaron su vínculo contractual; y tampoco tiene encaje en los supuestos, contemplados en el artículo 127.2.2º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales RCCL, que generan en la Corporación local el deber de adoptar medidas dirigidas a mantener el equilibrio financiero de la concesión.”

CONCLUSIÓN

No procede el abono de compensación económica, en base a que:

Primero.- la revisión de precios ha de ser llevada a cabo conforme a las prescripciones concretas del pliego de cláusulas administrativas particulares, sin que su aplicación pueda quedar desvirtuada por los principios de "riesgo y ventura" y "mantenimiento del equilibrio económico financiero" pensados en favor del contratista para supuestos distintos al examinado.

Segundo.- Los Pliegos que rigen la contratación objeto de la consulta establecen en su cláusula 48 “la subrogación del adjudicatario en la posición de la Corporación” en relación al personal fijo del Ayuntamiento, determinándose en el Anexo 15 la vigencia del Convenio Colectivo y las tablas salariales.

Tercero.- El contratista presentó su oferta y formalizó el contrato con posterioridad a la aprobación del nuevo Convenio Colectivo por lo que el cambio operado en las retribuciones y condiciones de trabajo del personal puesto al servicio del concesionario, no puede alegarse para solicitar la revisión de tarifas por la ruptura del equilibrio económico de la concesión, pues ello debía haberlo previsto al realizar su proposición, que pudo ser retirada con anterioridad a la adjudicación del contrato.”

Santa Cruz de Tenerife, a 31 de octubre de 2007