

INFORME 3/2006, DE 4 DE JULIO DE 2006. RIESGO Y VENTURA DEL CONTRATISTA. MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO FINANCIERO. GESTION DE SERVICIO PÚBLICO DE LIMPIEZA VIARIA, RECOGIDA SELECTIVA Y TRANSPORTE DE RESIDUOS URBANOS Y DEMÁS ASIMILABLES.

ANTECEDENTES

Con fecha 2 de mayo de 2006, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa escrito de solicitud de informe formulado por el Ayuntamiento de Silla con el siguiente tenor literal:

"L'Alcaldia de l'Ajuntament de Silla realitza la consulta següent a la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana relativa al contracte d'aquest Ajuntament amb l'empresa EUROPEA DE SERVICIOS SA per a prestar el servei de neteja viària, recollida de residus urbans i altres assimilables al casc urbà i polígons industrials.

Per acord plenari de data 29 de setembre de 1998, es va adjudicar el contracte de prestació de serveis de neteja viària, recollida selectiva i transport al centre de tractament de residus urbans i polígons industrials al municipi de Silla a l'empresa UTE AGUAS DE VALENCIA-EUROPEA DE SERVICIOS SA, actualment EUROPEA DE SERVICIOS SA.

El punt 4.2 dels Plecs de clàusules administratives que regeixen el contracte estableixen l'obligació de l'empresa concessionària de la recollida de tots els residus sòlids urbans, tals com fem domiciliari, residus assimilables de mercats, establiments comercials i industrials, centres educatius, edificis públics i altres, residus procedents del servei de neteja viària, restes de falles i esdeveniments públics i la gestió integrals de l'Ecoparc de Silla.

L'article 14 dels Plecs de clàusules administratives regula l'obligació del concessionari de la recollida i el transport al centre de tractament de residus especials i, entre altres, es refereix a la recollida i transport al Centre de Tractament de Residus entre altres dels estris, trastos vells i voluminosos.

Per Decret d'Alcaldia 70/2002, de 15 de gener, es modificà el contracte amb UTE AGUAS DE VALENCIA-EUROPEA DE SERVICIOS SA i se li adjudicà el servei de recollida de paper i cartó dels contenidors específics i la neteja d'aquests, per l'import de 6.778,52 euros (IVA exclòs).

Per Decret 279/2002, de 22 de febrer, es modificà, novament, l'esmentat contracte, i s'adjudicà a l'empresa concessionària el servei de recollida de contenidors d'envasos lleugers i residus i transport fins a la planta d'Alzira per import de 5,33 euros (IVA inclòs) per contenidor durant l'any 2002.

Per Decret 328/2002, d'1 de març, es tornà a modificar el contracte i s'adjudicà al concessionari el servei de recollida de contenidors de vidre i el transport fins a l'empresa Gonzalo Mateo, SL, ubicada al polígon industrial del Port de Sagunt per import de 5,33 euros (IVA inclòs) per contenidor durant l'any 2002.

En data 15 d'octubre de 2003, l'Ajuntament de Silla signa un conveni amb l'empresa Gestión Integral de Residuos Sólidos SA, endavant GIRSA, per l'eliminació, mitjançant tècniques adequades, de residus de tipus trastos i estris amb codi 200307 Voluminosos municipals, en vessaments controlats.

Per causes alienes a aquest Ajuntament, com va ser el tancament del vessament de Torrent (a 16 km de Silla) i el transport al centre de tractament de Ribarroja (a 32 Km de Silla), se signà l'esmentat conveni amb GIRSA.

Des d'aquell moment, any 2003, l'empresa GIRSA factura una taxa extra de trituració, càrrega i transport al vessament.

Com a conseqüència de l'adjudicació a l'empresa AQUALEST LEVANTE, SA, la concessió administrativa del servei d'aigua potable i clavegueram al terme municipal de Silla, aquest ha assumit el servei de neteja i manteniment dels imbornals de la xarxa municipal de clavegueram amb un cost de 5.052,69 euros. D'aquesta manera EUROPEA DE SERVICIOS, SA deixa de prestar aquest servei que fins al moment li competia.

Actualment l'empresa EUROPEA DE SERVICIOS SA reclama a l'Ajuntament de Silla una indemnització, per tal de restablir el principi econòmic financer de la concessió, ja que al·leguen que no correspon a l'empresa el pagament de la taxa de trituració, càrrega i transport al vessament per tractar-se d'una despesa sobrevinguda, ni l'increment de preus soferts per l'eliminació de residus per estar per damunt de la fórmula polinòmica de revisió de preus prevista al contracte de 1999.

L'empresa al·lega que en el moment de presentar-se al concurs del servei pressupostà les despeses que suposaria la gestió de l'Ecoparc de Silla, així com també la taxa per eliminació de vessaments en el vessament d'inertes de Torrent. No estava inclòs el de Ribarroja, perquè no existia en aquell moment ni era previsible una taxa extra de trituració, càrrega i transport.

Durant tota la vigència del contracte l'Ajuntament de Silla ha aplicat, tots els anys, la fórmula polinòmica prevista al Plec de clàusules administratives del contracte, article 23, de revisió de preus.

La qüestió que en aquestos moments es planteja és la següent:

1.- *Es pot considerar el tancament del vessament de Torrent i el transport a un altre, més lluny com una causa sobrevinguda suficient per a demanar una indemnització a l'Ajuntament de Silla?.*

2.- *La revisió de preus, que estableix el Plec de clàusules administratives que regeix el contracte, no seria suficient perquè l'empresa restablira el seu equilibri econòmic financer?. La revisió de preus que s'ha realitzat anualment fins l'exercici actual es la que figura a l'annex.*

3.- *La figura de la revisió de preus, regulada en l'article 103 del Text refós de la llei de contractes de les administracions públiques, està pensada per a la seua aplicació automàtica en els diferents contractes administratius (obres, prestació de serveis, etc...) una vegada s'haja executat el 20 per 100 del seu import i haja transcorregut un any des de la seua adjudicació; o per contra s'aplica tan sols quan es constate el desequilibri economicofinancer de la concessió?*

4.- *I en els casos que les empreses presenten uns balanços negatius de l'exercici havent aprovat l'Ajuntament els augments de l'IPC anualment. Pot l'ajuntament indemnitzar per l'import del balanç negatiu o estem davant d'un supòsit de risc i ventura de l'empresa contractista? "*

Al escrito de solicitud de informe se acompaña la siguiente documentación:

- Còpia del contracte de la prestació del Servei de neteja viària, recollida selectiva i transport a centre de Tractament de residus urbans i demés asimilables en el cas urbà i polígons industrials.
- Informe tècnic municipal de medi ambient de 14/10/03.
- Informe tècnic municipal de 04/11/05.
- Escrit de EUROPEA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. de 27/07/05.
- Informe tècnic municipal de 07/11/05.
- Escrit de EUROPEA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. de 14/11/05.
- Escrit de EUROPEA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. de 20/12/05.
- Escrit de EUROPEA DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. de 29/12/05.
- Informe tècnic municipal de 14/02/06.
- Certificat de 19/04/06: Decret 328/2002, d'1 de març "Servei de recollida de contenidors vidre".
- Certificat de 19/04/06: Decret 70/2002, de 15 de gener "Servei de recollida i neteja dels contenidors de paper i cartó".
- Certificat de 19/04/06: Decret 279/2002, de 22 de febrer "Server de recollida de contenidors d'envasos lleugers".
- Cuadre resum de despeses.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las cuestiones que formula el Ayuntamiento de Silla giran en torno dos conceptos básicos en la contratación pública que, a mayor abundamiento, se dan en aquéllos contratos de larga duración: el riesgo y ventura del contratista, atenuado por el mantenimiento del equilibrio económico y financiero, reflejado en la formula de revisión de precios. Formula que, a tenor de lo dispuesto en la legislación de contratos de las administraciones públicas, permanecerá invariable a lo largo de la vida del contrato.

El riesgo y ventura del contratista- según abundante jurisprudencia- supone el deber de soportar por el contratista cualquier alteración del contrato que no responda a necesidades sobrevenidas e imprevistas al momento de licitar, por tanto, que no dé lugar a un desequilibrio económico entre lo que se da y lo que se recibe.

En los contratos de gestión de servicios públicos, la teoría del riesgo imprevisible se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico de manera clara en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, cuyos Art. 126.2 b), 127.2 b); 128.3.2º y 153.3) son explícitos en este sentido.

De los preceptos reseñados, sobre todo el primero de ellos, extraemos las siguientes conclusiones:

- 1.- El riesgo y ventura del contratista debe tener su principio y limite en los pliegos que rigen la contratación.
- 2.- Las causas sobrevenidas o imprevistas responden a dos principios básicos: El primero de ellos el ius variandi de la Administración, según el cual, ésta puede modificar el contrato por razones de interés público cuando se den nuevas necesidades no previstas. En segundo término, el llamado "factum principis", es decir medidas adoptadas por la Administración en el ejercicio de potestades administrativas generales que modifican de manera indirecta el contrato.
- 3.- Estas circunstancias sobrevenidas, de acuerdo con lo anteriormente dicho, deben haber dado lugar a una verdadera subversión de la economía de la concesión, y son independientes de la buena gestión del

concesionario que, a pesar de todo, debe seguir prestando el servicio. En este caso la Administración deberá compensar al contratista. El Tribunal Supremo en sentencia de 29 de diciembre de 1995 señala que *“han de existir medias tendentes a asegurar el equilibrio financiero, no sólo en el caso de que la administración utilice su potestas de modificar el contrato, sino en el llamado factum principis o de medias administrativas al margen del contrato con repercusión en las obligaciones nacidas de él, haciendo más oneroso su cumplimiento. Porque la ratio legis en uno y otro caso es la misma de restablecer el equilibrio de la retribución económica al contratista.”*

Cierre del vertedero de voluminosos municipales de Torrente como causa sobrevenida. Precios extras por trituración, carga y transporte al Centro de Riba-Roja (32 Km.) de los voluminosos municipales.

No se indica claramente en el escrito de consulta, pero sí lo deducimos de los escritos presentados por EUROPEA DE SERVICIOS S.A. que el cierre del vertedero tiene su origen en la saturación del mismo, de acuerdo con los documentos 4 y 6 que se acompañan al escrito de consulta.

Desde este punto de vista, no parece deducirse que ese cierre se deba a causas imprevistas, impredecibles y hechos que no respondan al ciclo natural que acompañan a estas infraestructuras. Por tanto, se puede considerar que el cierre de un vertedero por colmatación o saturación entra dentro del riesgo y ventura del contratista.

Ahora bien, a la luz de los hechos, la verdadera causa sobrevenida sobre la que debe plantearse el presente Informe son los precios públicos (que no tasas), por trituración, carga y traslado que cobra la empresa GIRSA por las operaciones intermedias que deben realizarse en un Centro de Transferencia, de conformidad con el art. 4 de la Ley 10/2000, de 12 de diciembre, de Residuos de la Comunidad Valenciana, para posteriormente proceder a su eliminación.

Pues bien, a la vista de lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas y sobre todo en el pliego de prescripciones técnicas, es obligación a imputar al contratista la recogida, el transporte o traslado y el coste de eliminación en vertedero, Centro o Planta de tratamiento. En ningún caso se ha establecido que se pueda repercutir precio alguno por servicios en Centros de Transferencia, con lo que ese precio extra no corresponde soportarlo al contratista sino al propio Ayuntamiento, o, en su caso, compensarle económicamente el mismo.

Es más, el propio contrato suscrito con la citada empresa alude de costes de transporte y eliminación, sin que en ningún caso establezca este proceso intermedio, si bien del precio estipulado por tonelada a razón de 39.69€/T y de los cálculos aportado por la empresa EUROPEA DE SERVICIOS S.A. que se halla incluido mismo estos conceptos intermedios.

En sentido se estima de interés destacar que en informe de fecha 14 de febrero de 2006 del Área de Servicios Generales del Ayuntamiento consultante,- documento 9 - se dice “dicha tasa se aplica, además, de la correspondiente sobre “eliminación en vertedero”, que se venía aplicando como única, y que se mantiene. Como se indica en el escrito, la inclusión de dicha tasa como coste soportado por la empresa concesionaria en la gestión del Ecoparc, podría suponer una ruptura del “equilibrio financiero” por generación de cargas sobrevenidas no tenidas en cuenta en el momento del contrato.”

Por tanto en respuesta a la consulta primera del Ayuntamiento de Silla, si bien no responde al riesgo y ventura del contratista el cierre del vertedero de Torrente, no forma parte del mismo el coste de trituración, carga y traslado por tratarse costes en el ciclo intermedio de la eliminación de los voluminosos municipales no

Ref Inf. 3/2006 MV/jb

previsto en los pliegos de cláusulas administrativas ni de prescripciones técnicas. A mayor abundamiento, debe hacer constar esta Junta la situación creada con el modo de facturación directa al Ayuntamiento, lo que supone que el contratista deba soportar la no deducción del IVA, con el consiguiente adelanto por su parte del mismo a la Administración tributaria.

Asimismo, llama la atención, que según escrito de fecha 14 de octubre de 2005 suscrito por el Técnico de Medio Ambiente del Ayuntamiento consultante, el contrato a suscribir con GIRSA se adoptó como "salida transitoria" (documento nº 2 de los aportados al escrito de consulta). Esta medida que prácticamente lleva dos años y medio.

No siendo objeto de la consulta, no obstante esta Junta quiere manifestar su disconformidad con la normativa en materia de contratación administrativa la cláusula del contrato suscrito con la empresa GIRSA, en virtud de la cual el contrato se establece por un año, prorrogable por igual período por cualquiera de las partes, sin que en ningún momento conste su duración determinada. (Cláusula Quinta).

Aplicación automática art. 103 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas.

En primer término señalar que el presente contrato se rige por la Ley 13/95, de 18 de junio de Contratos de las Administraciones Públicas, modificada por Ley 53/99, de 28 de diciembre, sin que ello obste a considerar que las cuestiones tienen igual tratamiento.

La revisión de precios de los contratos regulada en el art. 103 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, -con las especialidades previstas para la revisión de precios en los contratos de obras y suministros de fabricación- requiere en general de dos supuestos indisolublemente unidos: el transcurso de un año y la ejecución del al menos 20% del contrato. Pero en ningún modo el art. 103 está regulando una aplicación automática de revisión de precios por el mero transcurso del año y el 20% de ejecución. Serán los pliegos de cláusulas administrativas los que determinen para cada contrato la existencia de revisión y la fórmula o sistema de aplicación, o, en su caso, previa resolución motivada, la improcedencia de la misma; siendo, en el caso de establecerse, el transcurso del año y el 20% de ejecución un mínimo del que se debe partir. Por tanto, la revisión de precios no opera de manera automática, sino que debe establecerse en el pliego y, además, el lapso del año y 20%, es una condición mínima, que puede ser alterada en los pliegos con la debida motivación.

En el caso concreto del contrato de gestión de servicios públicos, no juega tanto el art. 103 del Texto Refundido como su art. 162. En efecto, el contrato de gestión de servicios públicos se configura como un contrato de actividad y no de resultado, actividad, además, que por tratarse de servicios públicos básicos y esenciales es de larga duración. En este sentido, si bien puede aplicarse el año, difícilmente, según el objeto del contrato, podrá darse el 20% de ejecución. De ahí que para este tipo de contratos la propia normativa haya establecido en el art. citado que es el contrato el que debe definir la revisión de precios: "El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas, en su caso, en los términos que el propio contrato establezca". (El subrayado es nuestro).

Cláusula de revisión de precios del pliego de cláusulas administrativas y mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión.

La cláusula de revisión prevista en el pliego de cláusulas administrativas que rige la presente concesión se halla desarrollada en el art. 23 del pliego de prescripciones técnicas. En general, la revisión se basa en los

Ref Inf. 3/2006 MV/jb

costes de explotación principales como son, costes de personal, costes de producción y costes financieros. Siendo revisables los dos primeros incrementándose anualmente mediante las formulas polinómicas previstas en el IPC, y el coste de financiación anual constante.

La cláusulas de revisión de precios previstas en los pliegos y aceptadas, incondicionadamente, por el contratista, deben permanecer inalterables a lo largo de la vida del contrato de acuerdo con el principio "pacta sunt servanda".

Ahora bien, si la Administración ejercita su potestad de modificar el contrato en el ejercicio del ius variandi o, altera indirectamente el mismo por medidas adoptadas en el ejercicio de sus potestades administrativas generales (factum principis) que den lugar una posible ruptura del equilibrio económico de la concesión deberá compensar al contratista, incluso, de acuerdo con el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, podrá conceder subvenciones a la explotación.

En el caso que nos ocupa, la cláusula de revisión de precios establece los parámetros normales de un servicio continuado sin costes adicionales o nuevos. Dentro de la fórmula adoptada no tienen cabida los costes extras por trituración, carga y traslado, precisamente porque suponen una alteración de lo pactado entre las partes.

Esta alteración viene determinada por las operaciones intermedias en la eliminación de residuos realizadas en centros expresamente autorizados, como se ha reseñado anteriormente. Por tanto, al no ser objeto de abono ni de revisión producen la ruptura del equilibrio económico de la concesión. Equilibrio que deberá mantenerse sobre la base de una compensación al contratista de esos costes no previstos en los pliegos, o de hacerse cargo en el futuro de ellos la propia Administración, sin modificar la formula de revisión de precios.

Balances negativos, revisión de precios e indemnización

La última de las consultas, creemos, que ha tenido respuesta a lo largo del presente informe. Por tanto haciendo recapitulación de lo manifestado por esta Junta, hemos de afirmar nuevamente que el riesgo y ventura del contratista tiene como principio y fin los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que rigen el contrato. El sistema o formula revisión de precios debe permanecer invariable a lo largo del contrato. Si los balances negativos devienen de la ruptura del equilibrio económico por las facultades y potestades de modificar o alterar directa o indirectamente el contrato, al contratista se le deberá compensar.

Por último indicar no siempre los balances negativos responden a desequilibrios o rupturas de equilibrio de la concesión, y en estos casos, tras el oportuno estudio de los motivos que los fundan, podrá entrar el principio de riesgo y ventura, con lo cual no cabrán indemnizaciones ad extra del contrato.

Otras consideraciones jurídicas

De los antecedentes expuestos por el Ayuntamiento consultante, así como de la documentación aportada, la citada Corporación modificó unilateralmente el contrato suprimiendo el servicio de limpieza de imbornales.

Es de hacer notar que dicha modificación no consta a este Junta que se llevara a cabo mediante el correspondiente procedimiento, siendo notificado "verbalmente" al contratista, de conformidad con el documento nº 8 de los obrantes.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los costes de trituración, carga y traslado obedecen a operaciones en el proceso de eliminación de residuos no contemplado en los pliegos que rigen la contratación, por lo tanto el contratista tiene derecho a ser compensado por los mismos.

SEGUNDA.- La revisión de precios y su correspondiente formula o sistema debe establecerse en el pliego de cláusulas administrativas, pudiendo, asimismo, mediante resolución motivada no establecer revisión, haciéndose constar esta circunstancia, igualmente, en los pliegos. Por tanto, el mero hecho del transcurso de un año y el 20% de ejecución no da lugar a la aplicación automática de la revisión.

TERCERA.- El contrato de gestión de servicios públicos se configura como un contrato de actividad y no de resultado, actividad además, que, por tratarse de servicios públicos básicos y esenciales es de larga duración, por lo que a la hora de fijar la revisión de precios podrá revisarse el año, pero difícilmente se dará conjuntamente el 20% de ejecución, como fija el art. 103. Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. De ahí que el art. 162 del citado Texto dispone que sea el propio contrato el que establezca la formula de revisión de precios.

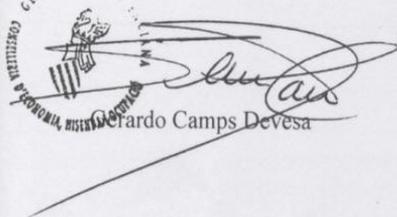
CUARTA.- La cláusula de revisión de precios prevista en el pliego de cláusulas administrativas y aceptadas incondicionadamente por el contratista debe permanecer inalterable a lo largo de la vida del contrato. La insuficiencia de la misma para el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión hay que considerarla a lo largo de la ejecución del contrato en tanto en cuanto la Administración utilice su potestad de modificar o alterar las condiciones directa o indirectamente (ius variandi y factum principis) y en su caso, procederá la compensación económica al contratista.

QUINTA.- No siempre los balances negativos responden a rupturas de equilibrio económico de la concesión, sino a la gestión del propio concesionario. En estos casos tras el oportuno estudio de los motivos que fundan podrá entrar el principio de riesgo y ventura, con lo cual no cabrán indemnizaciones ad extra del contrato.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último.

Vº Bº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps Devesa

La Secretaria de la Junta



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA
EN FECHA 4 DE JULIO DE 2006.