

Informe 8/2013, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de resolución por mutuo acuerdo de contratos de gestión de servicios públicos por causa del desequilibrio económico producido por la crisis económica, y otros elementos adicionales.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente se dirige con fecha 13 de marzo de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor:

«En ejercicio de las funciones que corresponden a la Secretaría General Técnica del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, en materia de contratos públicos, se remite la presente consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón para que en ejercicio de las funciones que le atribuye su Reglamento, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, y a instancia de este órgano directivo, se emita informe sobre la conformidad a derecho del modelo que seguidamente se propone para la resolución de mutuo acuerdo de varios contratos concesionales de servicios públicos.»

1.- ANTECEDENTES.

El artículo 36 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón declaró servicio público de titularidad autonómica aragonesa la prestación de distintas operaciones de gestión de residuos. Al objeto de hacer frente a la obligación derivada de esta declaración legal, y previa convocatoria de los preceptivos procedimientos de contratación, se adjudicaron varios contratos para la prestación de dichos servicios públicos en régimen de concesión.

Los contratos concesionales hoy vigentes para la prestación de los distintos servicios públicos antes referidos fueron redactados en base a una estimación de demanda de servicios de gestión de residuos basada en los datos correspondientes al momento cumbre de actividad económica (años 2000 a 2005).

Tanto en lo que se refiere al dimensionado de las infraestructuras como al nivel de calidad del servicio a prestar, la exigencia técnica de dichos contratos es proporcional y coherente con esa estimación. Y ello, no sólo como consecuencia de lo establecido en los respectivos pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, sino también como resultado de las mejoras ofertadas en las respectivas licitaciones.

Por su importancia para una mejor exposición del contexto sobre el que se realiza la presente consulta, debe ponerse de manifiesto una diferencia sobre lo que viene siendo habitual en otros contratos de servicios públicos. Las infraestructuras destinadas a la gestión de residuos, y en particular los vertederos, no están destinadas a prestar el servicio público "sine die" como lo estaría por ejemplo una autopista o autovía. Su periodo de vida útil viene limitado por su volumen útil para acumular residuos, que a su vez se ha dimensionado previendo un periodo de servicio igual al plazo de vigencia del contrato concesional.

Por esta razón, las inversiones que de acuerdo a los contratos que nos ocupan corresponde realizar a los concesionarios no generan infraestructuras destinadas al dominio público, sino que continúan siendo de titularidad privada¹, esto es, de propiedad de la concesionaria, incluso después de que finalice la vigencia del contrato. Las obligaciones legales establecidas para el periodo post-clausura del vertedero² recaen así sobre la concesionaria, sin obligaciones para la Administración otorgante de la concesión.

La crisis económica esta golpeando con especial crudeza a los sectores económicos a los que pertenecen los principales usuarios de los servicios públicos. En particular al sector de la construcción, que ha bajado la demanda de gestión de sus residuos entre un 60% y un 70% respecto de la prevista en los contratos (se esta facturando un 40% de lo previsto). Y en menor medida, pero también con notables disminuciones, en el sector industrial.

A los efectos de la crisis se suman las consecuencias de la reciente aprobación de la Ley 22/2011, de residuos, que transpone al ordenamiento jurídico español la nueva directiva de residuos. Las nuevas obligaciones de los productores de residuos van en la línea de minimizar (incluso de penalizar económicamente) la demanda de las operaciones de eliminación en vertedero, que fundamentalmente son las que han sido objeto de declaración de servicio público de titularidad autonómica y de prestación en régimen concesional.

La misma Ley obliga a unos porcentajes mínimos de reciclado que también deben entenderse vinculantes para los concesionarios del Gobierno de Aragón, cuyos contratos incluyen expresamente la condición del cumplimiento de cualquier novedad Legislativa, sin excepción de los objetivos legales de reciclado, entre las cuestiones a las que queda sometido el riesgo y ventura de la concesión.

¹ Sin perjuicio de la posibilidad de que el título de uso que ostente la concesionaria sobre el suelo que soporte a dichas infraestructuras sea un contrato de arriendo sobre suelos públicos de naturaleza patrimonial, o incluso una concesión de uso privativo sobre suelos públicos de naturaleza demanial.

² Tales obligaciones son las establecidas en el Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero (Artículo 14).

En este contexto, los concesionarios vienen proponiendo al Gobierno de Aragón la resolución de mutuo acuerdo de sus contratos, probablemente como la única alternativa posible a su resolución por incumplimiento derivado de la probable y próxima quiebra de las empresas concesionarias. Y en uno de los casos, el concurso de acreedores se ha adelantado a la solicitud de resolución.

A este respecto, considerando la cuantía de las garantías establecidas y de las inversiones realizadas, y siempre sin perjuicio de la posibilidad de rescate prevista en los contratos, ha de significarse que muy probablemente la resolución por mutuo acuerdo de los contratos concesionales y la convocatoria de nuevos procedimientos adaptados a la realidad y demanda actuales, sea la única alternativa posible a la previsible quiebra o ruina irreversible de las concesionarias, a la consecuente discontinuidad en la prestación del servicio público autonómico y al derivado y creciente riesgo de que la administración autonómica deba hacer frente a corto plazo a una situación con condiciones económicas más onerosas.

Las cuestiones expuestas, unidas a la necesidad de hacer frente a los objetivos de gestión planteados en la nueva Ley de Residuos³, han llevado al Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente a proponer ante el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma un procedimiento de revisión del Plan Integral de Residuos de Aragón (Plan GIRA). Procedimiento que se encuentra actualmente en trámite.

Se ha propuesto la aprobación de un nuevo GIRA que incluya un conjunto de medidas para hacer frente a la situación descrita, adaptando a la situación de crisis el modelo de servicios públicos aprobado por la Ley 26/2003, de Medidas Tributarias y Administrativas.

Dichas medidas se resumen en las siguientes:

- *Disminución del número de contratos concesionales para cubrir la totalidad del territorio de la comunidad autónoma, con el consecuente aumento de volumen de negocio de los contratos restantes.*
- *Disminución del número de infraestructuras a construir y explotar, y de su dimensionado, con el consecuente incremento del recurso al transporte, que en la medida de lo posible se haría por ferrocarril eléctrico.*
- *Disminución del gasto corriente de explotación de dichas infraestructuras mediante horarios de atención al público más reducidos y flexibles, ajustados a la demanda real del servicio público.*
- *Reducción de costes a soportar por las futuras concesionarias mediante la aportación de terrenos de titularidad pública (en régimen de cesión gratuita), para la ubicación de las infraestructuras, siempre que se disponga de terrenos públicos aptos para estos fines.*

El nuevo modelo también incluye propuestas normativas con rango de Ley, como es el caso de la supresión de determinadas operaciones de valorización de residuos del ámbito de aplicación de la Ley 26/2003, por la que se declararon los

³ Los objetivos de gestión establecidos para 2020 en el artículo 22.b de la Ley 22/2011, de 28 de Julio, de residuos y suelos contaminados, afectan a las obligaciones de las concesionarias del servicio público de gestión de escombros no procedentes de obras menores de construcción y reparación domiciliarias.

servicios públicos de titularidad autonómica. Propuesta que ya ha sido concretada y elevada al Consejo de Gobierno de Aragón para su aprobación, si procede, como proyecto de ley.

La adaptación de los contratos en vigor a las medidas que se han descrito, y que conforman el modelo sobre el que se basa la propuesta del nuevo Plan GIRA, alteraría sustancialmente las condiciones esenciales de los contratos originales y de las condiciones de su licitación. Por lo que, a juicio de esta Secretaría General Técnica, tales adaptaciones resultarían inabordables en el marco de procedimientos de modificación de dichos contratos. Contratos en los que, además, y como ya se ha expuesto, tiende a generalizarse la solicitud de resolución de mutuo acuerdo por parte de los concesionarios.

En consecuencia, las medidas enumeradas sólo podrían aplicarse a las zonas territoriales cuyas respectivas licitaciones resultaron desiertas, o previa resolución de los contratos vigentes en el resto de zonas.

Pero, como ya se ha expuesto, la casuística que caracteriza a las infraestructuras destinadas a la gestión de residuos, y en particular a los vertederos, ha dado lugar a que el modelo en el que se basan los contratos concesionales vigentes no contempla la reversión al dominio público de las infraestructuras y terrenos adquiridos por parte de las concesionarias en cumplimiento de sus respectivas obligaciones contractuales.

Los vertederos previstos para la prestación de los servicios públicos se dimensionaron con el criterio de que agotasen su volumen útil, y en consecuencia su vida útil, en el mismo plazo de vigencia de su contrato concesional. Por esta razón, no está prevista la reversión al dominio público de unas infraestructuras sin capacidad operativa y con las importantes obligaciones de sellado, control y seguimiento post-clausura que la Ley establece a sus titulares al menos durante los 30 años posteriores al final de su explotación.

Pero en los contratos más avanzados en su ejecución, el periodo de explotación de los vertederos y de otras infraestructuras y equipamientos apenas ha alcanzado el 15% de su plazo previsto de explotación, estando pendiente la realización de las obras y el inicio de la explotación de la mayoría de ellos.

En consecuencia, resulta racional y conveniente habilitar un procedimiento que permita la incorporación de los terrenos adquiridos, así como las obras y otras inversiones realizadas a los nuevos procedimientos a convocar, con el consecuente pago o indemnización a la concesionaria saliente. Todo ello en coherencia con el hecho de que en el momento actual, y en cumplimiento de las obligaciones establecidas en sus respectivos contratos, los concesionarios han realizado una serie de inversiones en infraestructuras, que hoy son bienes inmuebles de titularidad privada pero destinados a la prestación de los servicios públicos. Y en las solicitudes de resolución de mutuo acuerdo realizadas por las concesionarias se propone la adopción de medidas que permitan recuperar las inversiones realizadas.

En concreto, los concesionarios proponen que se recurra a una solución paralela a la que, al parecer, se viene aplicando en contratos concesionales para la

construcción y explotación de obras públicas. Sólo a efectos de completar estos antecedentes, dicha solución se detalla y resume en los siguientes pasos:

- 1. Resolución de mutuo acuerdo del contrato concesional vigente, incluyendo la valoración de las inversiones realizadas hasta la fecha de la resolución, y el compromiso de la Administración de convocar un nuevo concurso público en condiciones menos exigentes, y el compromiso de la actual concesionaria de participar en el nuevo procedimiento.*
- 2. Convocatoria de un nuevo procedimiento en el que se incluye la obligación de que la nueva concesionaria indemnice a la concesionaria saliente en la cuantía valorada para sus inversiones de acuerdo a lo expuesto en el apartado anterior, excepto en el caso en que la nueva concesionaria coincidiese con la saliente, en el que tal indemnización carecería de sentido.*
- 3. La Administración asume la obligación de indemnizar económicamente a la actual concesionaria en el supuesto de que el nuevo concurso resultase desierto, excepto en caso de que la concesionaria actual no cumpliera el compromiso de presentarse al nuevo concurso (descrito en el apartado 1).*

Pero el modelo expuesto para la resolución de contratos de construcción y explotación de obras públicas debe ser adaptado al carácter privado de las infraestructuras e inmuebles construidos y adquiridos por las concesionarias de los servicios públicos de gestión de residuos, así como al hecho de que su reversión final al dominio o al patrimonio público no este previsto, porque carecería de sentido.

2.- PROPUESTA DE ALTERNATIVAS PARA UN NUEVO MODELO DE CONTRATOS CONCESIONALES PARA LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE GESTIÓN DE RESIDUOS DE TITULARIDAD AUTONÓMICA

Como se ha expuesto, la solución descrita en el apartado 1 para los contratos concesionales de construcción y explotación de obras destinadas al dominio público precisa de algunas adaptaciones para su posible aplicación a los contratos de gestión de residuos. Y al respecto, debe tenerse en cuenta que en todos los contratos concesionales para los que se plantea una resolución de mutuo acuerdo y a los que se refiere esta consulta se da la situación de que las respectivas concesionarias ya han adquirido y son propietarias de varios terrenos, habiendo realizado inversiones en proyectos y obras en buena parte de ellos.

En este contexto, cabe plantear dos soluciones alternativas para la resolución de mutuo acuerdo, basadas respectivamente en la prestación de los servicios en infraestructuras construidas sobre terrenos de titularidad pública o en el mantenimiento del actual sistema, cuyas infraestructuras son de titularidad privada al igual que el suelo sobre el que se asientan.

Bajo el modelo de infraestructuras sobre suelo público, la resolución de mutuo acuerdo del contrato concesional vigente incluiría la obligación de entregar a la Administración los bienes inmuebles resultantes de las inversiones realizadas por la concesionaria, que posteriormente quedarían adscritas a la prestación del

servicio público mediante un nuevo contrato. Las cantidades invertidas por las concesionarias salientes en la adquisición de estos inmuebles las recuperarían en base a que la convocatoria de un nuevo procedimiento incluiría la obligación a la concesionaria entrante de pagar la cantidad preestablecida en el acuerdo de resolución del contrato. Y el pago sería en concepto de indemnización por el paso de los terrenos y obras al dominio público.

Bajo el modelo de continuidad de infraestructuras de titularidad privada, la resolución de mutuo acuerdo del contrato concesional vigente incluiría la obligación de vender a la concesionaria entrante, al precio fijado en las condiciones del acuerdo de resolución, los terrenos, obras y en su caso proyectos, resultantes de las inversiones realizadas por la concesionaria saliente. Así, las cantidades invertidas por las concesionarias salientes las recuperarían en base a que la convocatoria de un nuevo procedimiento incluiría la obligación a la concesionaria entrante de pagar la cantidad preestablecida. El pago sería en concepto de precio por la compraventa de los terrenos, que de este modo dejarían de ser propiedad de la concesionaria saliente para pasar a ser propiedad de la concesionaria entrante.

Resulta significativo añadir que la concesionaria del contrato de valorización y eliminación de escombros no procedentes de obras menores de la denominada zona II4, ha mostrado su disposición a asumir el riesgo de que el nuevo concurso quedase desierto, aceptando en ese caso que se mantengan todas las inversiones realizadas bajo su titularidad y renunciando a todo tipo de indemnizaciones.

Considerando que los inmuebles e infraestructuras adquiridos por las actuales concesionarias son de su titularidad privada, esta solución es la que se propone como condición general para ambos modelos, de forma que, no proceda indemnización alguna en el supuesto de que los nuevos procedimientos resultasen desiertos. Y ello sin perjuicio de nuevas licitaciones.

La situación a la que se ha llegado en el marco del contrato concesional para la prestación del servicio público de eliminación de residuos industriales no peligrosos correspondiente a la Zona II5 resulta más compleja a causa de los compromisos adquiridos por el Gobierno de Aragón con el Ayuntamiento de Huesca⁶. En base a dichos compromisos, el vertedero destinado a la prestación de este servicio debe ubicarse en los terrenos municipales de dominio público adscritos a este fin de acuerdo al destino que atribuye a los mismos el Plan General de Ordenación Urbana correspondiente al término municipal de Huesca.

⁴ De las establecidas en la Orden de ORDEN de 4 de enero de 2007, del Departamento de Medio Ambiente, por la que se establecen las zonas para la gestión del servicio público de eliminación y valorización de escombros que no procedan de obras menores de construcción y reparación domiciliaria (Publicada en el B.O.A N° 7, de 17 de enero de 2007).

⁵ De las establecidas en la Orden de ORDEN de 31 de mayo de 2006, del Departamento de Medio Ambiente, por la que se establecen las zonas para la gestión del servicio público de eliminación de residuos industriales no peligrosos y no susceptibles de eliminación (Publicada en el BOA n° 65, de 9 de junio de 2006).

⁶ Compromisos plasmados en el convenio de colaboración firmado al efecto, de 31 de marzo de 2011, del que se adjunta copia.

Pero en cumplimiento del contrato concesional, la empresa adjudicataria adquirió un terreno rústico igualmente destinado a la ubicación del vertedero. Y pese a la compatibilidad urbanística⁷ de dicho terreno con el uso de vertedero, el Ayuntamiento de Huesca puso de manifiesto⁸ ante el Instituto Aragonés de Gestión Ambiental su postura contraria a esta ubicación del proyecto, ofreciendo como alternativa los terrenos municipales destinados a ese fin en su PGOU.

En base a los compromisos vigentes entre ambas administraciones, una parte del terreno adquirido por la concesionaria se entregaría en forma de canon en especie en cumplimiento de los requisitos de una concesión de uso sobre el terreno demanial municipal antes descrito, mediante la que se otorgaría derecho de uso suficiente a favor de la concesionaria entrante para la construcción y explotación del vertedero destinado a la prestación del servicio público de eliminación de residuos industriales no peligrosos.

En la nueva licitación, se establecería la obligación a la concesionaria entrante de indemnizar a la saliente por la adquisición de los terrenos destinados al Ayuntamiento de Huesca en concepto de canon en especie, sin cuya entrega la nueva adjudicataria del contrato autonómico de gestión de residuos no obtendría la concesión de uso del terreno destinado a vertedero en el Plan General de Ordenación Urbana de Huesca.”

3. PETICIÓN DE INFORME A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN

En base a la casuística descrita en los antecedentes, y las soluciones propuestas en el apartado segundo del presente escrito, se solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación sobre los siguientes extremos:

3.1. El desequilibrio económico sobrevenido en los contratos concesionales de gestión de residuos, como consecuencia de las obligaciones incorporadas en la Ley 22/2011 y de la crisis económica, ¿posibilita acudir a una resolución por mutuo acuerdo de los mismos? ¿Es posible la aplicación de otras causas de resolución ante la imposibilidad de modificar los contratos vigentes?

3.2. ¿Resultaría conforme a derecho que una resolución de mutuo acuerdo de un contrato concesional que contemple una valoración⁹ de aquellos terrenos, obras y proyectos que resulten útiles para un nuevo contrato¹⁰, incluyese la obligación a la Administración de convocar un nuevo procedimiento con la obligación de que la nueva concesionaria o adjudicataria indemnizase o pagase¹¹ a la concesionaria saliente por una cantidad equivalente a la valoración realizada en la misma resolución de mutuo acuerdo?

⁷ La calificación como suelo no urbanizable genérico resulta compatible con la instalación de infraestructuras destinadas a la prestación de servicios públicos de gestión de residuos, como así lo acredita la certificación expedida al efecto por el Ayuntamiento de Huesca.

⁸ En el trámite de consultas previas realizado en el marco del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, al que preceptivamente se encuentra sometido el proyecto del vertedero.

⁹ Realizada conforme al precio de mercado de dichos inmuebles en la fecha en que se acuerde la resolución del contrato.

¹⁰ Seleccionados de entre los adquiridos por la concesionaria en cumplimiento del contrato que se resuelve

¹¹ En base a los distintos modelos descritos en el apartado 2 de la presente consulta.

3.3. *Considerando que la concesionaria saliente ha asumido el coste de adquisición de los inmuebles y del resto de las inversiones realizadas. ¿Resultaría compatible con la libre concurrencia exigida por la Ley, que la referida mercantil mantenga el derecho a participar en el nuevo procedimiento, en el que si resultase adjudicataria carecería de todo sentido la indemnización o pago referida en la pregunta planteada en el apartado 3.2?. ¿Cambiarían las conclusiones sobre esta consulta, entre los dos modelos alternativos de infraestructuras sobre suelo público o infraestructuras de titularidad privada descritos en el apartado 2 del presente documento?*

3.4. *¿Sería necesario añadir otras condiciones para asegurar la conformidad a derecho de las propuestas planteadas en los apartados anteriores, 3.2 y 3.3?*

3.5. *Se mantendría la posible conformidad a derecho de las propuestas planteadas en los apartados 3.2 y 3.3 si en la convocatoria del nuevo concurso se impusiera a la nueva concesionaria la obligación de indemnizar a la concesionaria saliente por el valor de un inmueble que se destinase a su entrega a una administración pública en concepto de canon en especie, por la concesión del derecho de uso de un bien de dominio público con la finalidad de construir y explotar un vertedero?*

Considerando el indudable interés público de la entrada en servicio de los servicios públicos declarados de titularidad autonómica, y resultando improrrogable la adopción de las medidas que resulten necesarias para hacer frente a la situación descrita en los antecedentes, se solicita informe sobre las cuestiones planteadas.

Además del convenio al que se hace referencia en el apartado 1, se adjunta copia de dos contratos concesionales en vigor para la prestación del servicio público de valorización y eliminación de escombros no procedentes de obras menores de construcción y reparación domiciliaria, y del de eliminación de residuos industriales no peligrosos y no susceptibles de valorización, con sus respectivos pliegos de condiciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 10 de abril de 2013, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURIDICAS.

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación del órgano solicitante del informe.

Nos encontramos ante una solicitud de informe compleja, con una gran extensión en el análisis de los antecedentes, y referida a determinados contratos específicos de gestión de servicios públicos de tratamiento de residuos, del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente del Gobierno de Aragón. En primer lugar es necesario indicar, como criterio general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Secretario General Técnico del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente, para que esta Junta se pronuncie acerca de las cuestiones genéricas en materia de contratación pública que se deducen de la solicitud de informe; adelantando que no puede haber un pronunciamiento expreso sobre la resolución de los expedientes concretos planteados, y tampoco sobre sus consecuencias jurídicas y económicas. Resolución que, de llevarse a efecto, deberá ser informada previamente por los Servicios Jurídicos de la Diputación General de Aragón y por la Intervención General.

Por ello procede aclarar que la función consultiva y de asesoramiento de esta Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación atribuye a órganos específicos y determinados, en el ámbito de decisiones en fase de ejecución de los contratos. Ello no obstante, de la solicitud de informe sobre los expedientes expuestos, se puede extraer el planteamiento de las siguientes cuestiones de carácter general:

- Si la crisis económica, que afecta al equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos, es causa que puede amparar una

resolución del contrato —por mutuo acuerdo de las partes o por otra causa legal— cuando no es posible la modificación del mismo, evitando así una inminente e irremediable resolución por incumplimiento de las obligaciones del concesionario.

- Qué consecuencias jurídicas tendría dicha resolución del contrato a efectos indemnizatorios del concesionario, respecto de las inversiones realizadas por el mismo en infraestructuras necesarias para la prestación del servicio gestionado, tratándose de concesiones en las que la Administración renuncia expresamente a la reversión de las infraestructuras, y a su incorporación al dominio público.

Resumidas así, en estos dos bloques, las cuestiones de carácter general susceptibles de pronunciamiento por parte de esta Junta, es necesario el análisis previo de determinadas cuestiones derivadas de la naturaleza específica de los contratos de gestión de servicios públicos.

Por otro lado, el Secretario General Técnico del Departamento de Agricultura, Ganadería y Medio Ambiente es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.a) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La naturaleza jurídica del contrato de gestión de servicios públicos, y la configuración y alcance en dichos contratos del riesgo y ventura del contratista.

Las cuestiones que se plantean en el presente informe se refieren todas ellas a concesiones de servicios, es decir, contratos cuyo objeto es la gestión por un concesionario de un servicio público. En términos del artículo 8.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP):

«El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una

persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante».

Según se expone en los antecedentes de la solicitud de informe, el artículo 36 de la Ley 26/2003, de 30 de diciembre, de medidas tributarias y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, declaró servicio público de titularidad autonómica aragonesa la prestación de distintas operaciones de gestión de residuos; y al objeto de hacer frente a la obligación derivada de esta declaración legal, se adjudicaron varios contratos para la prestación de dichos servicios públicos en régimen de concesión. El objeto de estos contratos no ha variado respecto de la legislación anterior (artículo 154 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, en adelante, TRLCAP) bajo cuya vigencia y régimen jurídico se celebraron dichos contratos, al menos así resulta de las fechas de los contratos remitidos.

Las concesiones de servicios públicos, como todos los demás contratos administrativos, se rigen por el principio de intangibilidad, o de sujeción de las partes a lo pactado, y por el principio de riesgo y ventura del contratista. Pero este segundo principio adquiere una especial relevancia y configuración en este tipo de contratos, caracterizados precisamente por su larga duración, y en los que la contraprestación a favor del contratista consiste en la explotación de su propia prestación, es decir, el servicio que presta. El ordenamiento jurídico establece también, frente al mencionado principio de riesgo y ventura, y como medio de vincular los contratos con la satisfacción de su objetivo, el principio de remuneración suficiente del contratista; principio que, en estos contratos de tan larga duración, se delimita asegurando el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión a lo largo de toda su vigencia.

III. El derecho del concesionario al reequilibrio económico del contrato. La crisis económica como causa que da derecho al reequilibrio económico.

El mantenimiento del equilibrio económico de la concesión a lo largo de toda su vigencia es un derecho del concesionario que limita, por lo tanto, en estos contratos, el alcance del principio de riesgo y ventura del concesionario. Precisamente por configurarse como una excepción a este principio general, se encuentran tasadas legalmente las causas que permiten al concesionario solicitar el reequilibrio económico del contrato, al igual que están tasadas las medidas a adoptar para ese reequilibrio.

El análisis de la regulación actual de estos supuestos (artículo 282.4 TRLCSP) fue llevado a cabo por esta Junta en su Informe 18/2012, de 19 de septiembre, a cuya argumentación general y conclusiones nos remitimos. En el mencionado informe se analizó la inclusión entre ellos de la crisis económica, para concluir que no se entiende que esta situación pueda ser considerada causa de fuerza mayor; admitiendo, sin embargo, que la crisis económica podría ser considerada como causa que legitimara al concesionario al reequilibrio económico del contrato, siempre que pudiera ser calificada, en cada caso concreto, como un supuesto de «*riesgo imprevisible*». Y ello en atención a la reiterada doctrina y jurisprudencia, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de mayo de 2011, que han venido a admitir éste riesgo como una causa que exigiría el mantenimiento del equilibrio económico. Sin embargo, en el supuesto analizado por la Junta en aquella ocasión, la crisis económica no podía ser calificada como un supuesto de «*riesgo imprevisible*», en atención a la fecha de formalización del contrato.

La inestabilidad económica ha tenido consecuencias en todos los sectores económicos, y entre ellos de manera muy importante en los administradores de servicios públicos, como es el caso de los concesionarios. La presente consulta evidencia que las circunstancias financieras bajo las cuales se gestaron determinadas licitaciones (contratos anteriores al comienzo de la crisis en 2008) han cambiado radicalmente, y por ello se plantea si tal escenario constituye justificación que permita, o dé derecho a los concesionarios a exigir su reequilibrio económico, o bien a la Administración a ajustarlos a la realidad.

Así, en los contratos planteados, se pone de manifiesto el desequilibrio económico como consecuencia de una caída muy relevante de la demanda del servicio respecto de la estimada; como consecuencia, por una parte, de los efectos de la crisis sobre los dos principales sectores de la actividad económica de los usuarios de tales servicios (el de la construcción y el industrial); pero además, por otra parte, consecuencia también de los nuevos principios que orientan la gestión de residuos establecidos por la Ley 22/2011, de residuos, la cual ha venido a minimizar tanto la demanda del servicio, como a incrementar determinadas obligaciones onerosas de los concesionarios. En línea con los objetivos marcados por esta nueva regulación, también el Gobierno de Aragón ha tomado la iniciativa para suprimir algunos servicios.

Respecto de las consecuencias de estas modificaciones legislativas, cabría plantearse si también las mismas constituyen un supuesto que origine el derecho del concesionario al reequilibrio económico de los tasados en la ley, es decir, el denominado «*factum principis*». Así, de conformidad con el artículo 282.4 b) TRLCSP «*cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión*».

La Ley 22/2011 constituye la representación de la debida trasposición de la directiva marco europea de residuos 2008/98/CE del Parlamento y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008. Sin embargo, la doctrina del «*factum principis*» ha venido articulándose jurisprudencialmente exigiendo actos de la administración, y no actos legislativos. Sin embargo, es cierto que en el presente caso se plantean diferentes actos de iniciativa del Gobierno de Aragón (aprobación del nuevo Plan Integral de Residuos de Aragón, en adelante Plan GIRA) que plantean una nueva redimensión de la prestación del servicio público de gestión de residuos, derivada no únicamente de los nuevos principios de la regulación. De modo que estas medidas, en el caso de aprobarse, sí serían actuaciones de la administración, y no legislativas.

De modo que existe un derecho al reequilibrio económico del concesionario en virtud del desequilibrio económico experimentado como consecuencia de la crisis económica o del «*factum principis*», en el caso llegar a existir una actuación administrativa en el sentido expuesto en la solicitud de informe.

Siendo éste el régimen del reequilibrio económico establecido legalmente, es cierto que a la vista de los pliegos de los contratos remitidos por el órgano solicitante, los cambios legislativos estaban previstos —según se expresa— en los pliegos, y por lo tanto incluidas sus consecuencias dentro del principio de riesgo y ventura, por lo que existe respecto de los mismos una renuncia expresa a la obligación de reequilibrio económico.

Así, en los mencionados pliegos, se configuran los derechos y obligaciones de las partes con el siguiente tenor:

«Cláusula 29.5: derechos específicos del concesionario durante la explotación del servicio, “c) derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero de la concesión en los términos establecidos en el pliego y la oferta del concesionario”.

Cláusula 29.7.8. “La Administración de la Comunidad Autónoma no garantiza una cantidad mínima de entrada de RINP a las instalaciones del concesionario, quien asumirá todo el riesgo que pueda derivarse de cualquier variación en el volumen estimado de RINP”.

Cláusula 30. Riesgo y ventura. “El concesionario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, asumiendo el riesgo económico de su gestión incluso en el caso de que por circunstancias sobrevenidas se alterase la economía de la concesión”.

A la vista del tenor literal de estas cláusulas, parece existir en estos contratos una delimitación absoluta del principio de riesgo y ventura, que no admitiría excepción alguna, ni siquiera la correspondiente al derecho a reequilibrio económico cuando el desequilibrio proceda de circunstancias sobrevenidas. Sin embargo, tenemos que recordar que el principio de libertad de pactos no es absoluto, sino que tiene unos determinados límites, y entre ellos estaría la imposibilidad de pactar la renuncia al derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Y así figura por otro lado

reconocido este derecho en la cláusula 32 de los pliegos, según la cual «*durante todo el tiempo de vigencia del contrato se mantendrá el equilibrio económico*».

De manera que nos encontramos, a la vista de lo expuesto, con un supuesto en el que tanto la crisis económica, como la alteración del marco normativo, han ocasionado un fuerte desequilibrio económico al concesionario, como consecuencia de una importante reducción de la demanda del servicio que gestiona, y cuya explotación constituye su contraprestación. Ahora bien, del planteamiento de la consulta parece deducirse que ese restablecimiento del equilibrio económico que permitiría mantener la gestión del servicio en los términos originales, sería inasumible para la Administración, por las consecuencias que ello tendría en el coste del servicio del que es responsable.

IV. Derecho al reequilibrio económico como consecuencia de una modificación del contrato introducida por la Administración.

Otra de las causas tasadas legales del derecho al reequilibrio económico, de conformidad con el artículo 163.2 TRLCAP, son las modificaciones que introduzca la Administración por razón de interés público en las condiciones de explotación. En los supuestos planteados en este informe, y teniendo en cuenta la nueva configuración legal referida de la gestión de residuos, la Administración está planteando una reestructuración de la gestión del servicio adecuada a las circunstancias actuales, derivadas, por lo tanto, no solo de la crisis económica, sino también de las modificaciones legislativas, a través de nuevas licitaciones adaptadas al nuevo Plan GIRA, en trámite actualmente. Este Plan prevé diversas medidas, como son: la disminución del número de contratos concesionales para cubrir la totalidad del territorio, la disminución del número de infraestructuras a construir y explotar —con el consecuente incremento del recurso al transporte—, la disminución del gasto corriente de explotación de las infraestructuras mediante reducción del horario de atención al público, o la reducción de costes a soportar por las futuras concesionarias

mediante la aportación de terrenos de titularidad pública —en régimen de cesión gratuita— para la ubicación de infraestructuras.

A la vista de tal reorganización, se puede vislumbrar la imposibilidad de abordar la necesaria adaptación de los contratos vigentes a través de la modificación de los contratos, por afectar dichos cambios a condiciones esenciales de los mismos.

Sobre el régimen jurídico de los modificados aplicable a los contratos adjudicados conforme al TRLCAP, e incidencia de la regulación introducida en la LCSP por la Ley de Economía Sostenible, se ha pronunciado esta Junta en varios informes, por todos ellos nos remitimos al Informe 10/2012, de 11 de abril, concluyendo que la normativa aplicable a la modificación de un contrato debe de ser la vigente en el momento de celebración del mismo, en los supuestos que nos ocupan, el TRLCAP, pero interpretada con arreglo a los principios comunitarios contenidos en los Tratados en el caso de contratos, como éstos, no cubiertos por la Directiva 2004/18/CE, pero a los que sí son aplicables las normas y principios del Tratado, en la medida en que se conceden por medio de actos imputables al «Estado» y tienen por objeto la prestación de actividades económicas (véase apartado 2.4. de la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 12 de abril de 2000).

Así, serán de aplicación al caso consultado los principios de igualdad de trato, transparencia, publicidad y proporcionalidad, principios que también el TRLCAP recogía parcialmente en su artículo 11.

V. Nuevo planteamiento de la gestión del servicio. Nuevas convocatorias y necesidad de resolver las concesiones vigentes. Resolución por mutuo acuerdo.

La adaptación del servicio al nuevo Plan GIRA exige necesariamente la resolución de los contratos concesionales en vigor y la nueva convocatoria de

contratos de gestión del servicio público, una vez redimensionados. Desde el Departamento se plantea cual es, en estos casos, la causa de resolución aplicable.

Las causas de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos se encuentran reguladas en el artículo 167 TRLCAP (mismo tenor en el actual artículo 286 TRLCSP) con el siguiente contenido:

«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:

- 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 razón de interés público.*
- d) La imposibilidad de explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la administración con posterioridad al contrato».*

No parece que resulte aplicable ninguna de estas causas específicas. Únicamente cabría cuestionarse si la nueva configuración sobre la gestión de residuos llevada a cabo por la Ley 22/2011, así como, en base a tales principios, el planteamiento por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón de la revisión del Plan GIRA en los términos expuestos; legitimaría a la Administración para ejercer su prerrogativa de resolver el contrato de conformidad con la causa relacionada en la letra d), esto es, *«imposibilidad de explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la administración con posterioridad al contrato»*. A la vista de la información facilitada, la revisión del Plan GIRA expuesta anteriormente se encuentra en proceso de tramitación, de modo que no podemos subsumir el mismo en la previsión legal de *«acuerdo adoptado»*. Además, en el caso de poder ser considerado como tal, parecería ello afectar al futuro de las concesiones, pero no parece determinar la imposibilidad de explotación del servicio, sino únicamente la imposibilidad de explotación del servicio en los términos iniciales previstos; pero no es ésta la expresión del artículo. Es decir, dicho supuesto

legal parece referirse a acuerdos que imposibiliten de manera definitiva la explotación misma del servicio —que no la forma de explotarlo—, como sería, por ejemplo, el caso de acuerdos conforme a los cuales la Administración quedara inhabilitada para tales contratos, por no tratarse de servicios públicos asumidos expresamente como de su competencia.

Eliminada por lo tanto esta posibilidad, hay que acudir a la relación de causas de resolución generales de todos los contratos administrativos del artículo 111 TRLCAP (actualmente en el artículo 223 TRLCSP, con algunas novedades). En la solicitud de informe, se expone el planteamiento efectuado por los concesionarios de una resolución por mutuo acuerdo con el compromiso de la Administración de convocar una nueva gestión del servicio, redimensionada. Con tal planteamiento tratan los concesionarios de evitar la irremediable e inminente resolución por incumplimiento del contratista que se vendrá a producir.

Para pronunciarnos sobre la legitimidad de aplicar dicha causa de resolución hay que analizar la adecuación de las circunstancias a los requisitos de la misma. No hay que olvidar que la resolución por mutuo acuerdo se concibe en nuestro ordenamiento jurídico como una causa de resolución que no legitima el libre pacto entre las partes en cualquier circunstancia; sino que está sometida a la concurrencia de los siguientes requisitos (actual artículo 224.4 TRLCSP, anterior artículo 112.4 TRLCAP):

-que no concurra otra causa de resolución imputable al contratista.

-siempre que razones de interés público hagan innecesaria e inconveniente la permanencia del contrato.

Por lo tanto en el presente supuesto podemos entender que no concurre otra causa imputable al contratista, por cuanto en atención a la teoría expuesta de la imprevisión, no parecen las consecuencias de la crisis económica imputables al concesionario; no teniendo por lo tanto que ser asumidas por él en virtud del

principio de riesgo y ventura. Esta conclusión requiere, como decimos, que no exista ningún incumplimiento del contratista, lo cual impediría en cualquier caso hablar de resolución por mutuo acuerdo. En la solicitud de informe se facilita una información sobre el alcance de la ejecución de estos contratos relativa a la pendencia, en algunos de los contratos, de la realización de toda actuación. Así, al señalar, *«el periodo de explotación de los vertederos y de otras infraestructuras y equipamientos apenas ha alcanzado el 15% de su plazo previsto de explotación, estando pendiente la realización de obras y el inicio de la explotación en la mayoría de ellos»*. Está claro que en el supuesto de incumplimiento del contratista de los términos del contrato quedaría absolutamente vetada la posibilidad de resolución por mutuo acuerdo.

Analizamos ahora el segundo de los requisitos que exige el mutuo acuerdo, es decir que *«existan razones de interés público que hagan innecesaria e inconveniente la permanencia del contrato»*. En estos supuestos, la gestión de los residuos sigue siendo un servicio público que no se quiere rescatar por la Administración, sino que lo que se quiere es reestructurar su gestión, de modo que resulta innecesaria e inconveniente la permanencia de algunos de los contratos vigentes para la nueva prestación. Por lo tanto subsiste la necesidad del servicio, pero en otros términos, lo cual hace innecesaria e inconveniente la permanencia de los vigentes.

La duda la plantea si la innecesaria e inconveniencia de la permanencia del contrato se refiere al servicio mismo, o únicamente al contrato vigente. A juicio de esta Junta la inconveniencia es del contrato, sin que ello implique la innecesaria del servicio en cuestión. En base a tal criterio parece posible la resolución por mutuo acuerdo de las partes, porque concurre la inconveniencia de tales contratos por razones de interés público. Respecto de esto último no podemos olvidar que la crisis económica igualmente ha afectado a la Administración, que en ningún caso puede asumir los costes que resultarían del mantenimiento del reequilibrio económico de tales contratos, a los que estaba obligado.

Por otro lado, de la redacción del artículo 111 TRLCAP no parece que se pueda encontrar ninguna otra causa de resolución de estos contratos. Sin embargo, tenemos que tener en cuenta, conforme a lo ya expuesto, que la regulación de la ejecución de estos contratos, pese a regirse por el TRLCAP, debe de ser interpretada conforme a la jurisprudencia y principios comunitarios que impiden la modificación por encima de determinadas condiciones esenciales, y para dichos casos reconoce a la modificación «imposible» como causa de resolución. Así se plasma en el régimen actual, en el artículo 223 g) TRLCSP.

VI. Consecuencias jurídicas de la resolución por mutuo acuerdo.

Las últimas consultas de la solicitud de informe (consultas 3.3 a 3.5) vienen a plantear soluciones indemnizatorias distintas al concesionario saliente, respecto de las inversiones e infraestructuras realizadas, según dos modelos distintos: el primero de ellos, indemnizando la Administración por dichas infraestructuras, —quedándose las, para incorporarlas a la nueva licitación—; y el segundo, manteniendo la propiedad sobre tales infraestructuras la concesionaria, pero comprometiéndose a concurrir y, si no resulta adjudicataria, cediéndolas a la concesionaria resultante, de quien obtendrían el correspondiente pago por el importe que de mutuo acuerdo fijaran ahora las partes en la resolución de mutuo acuerdo.

En relación este punto, tenemos que reiterar el criterio ya manifestado en el primer apartado de este informe sobre el alcance de los pronunciamientos de la Junta, que solo pueden ser de carácter general, es decir, sin abordar el análisis de soluciones concretas indemnizatorias, que en ningún caso es materia de su competencia. Debemos recordar que las fórmulas indemnizatorias que se acuerden entre las partes no pertenecen al ámbito de interpretación de las normas sobre contratación, en cuyo estricto campo se pronuncia esta Junta. Por ello, nos referiremos a las previsiones de la legislación de contratos sobre los efectos jurídicos de una resolución por mutuo acuerdo, pero no valorando

las fórmulas ideadas por las partes, que no incumben a este órgano de carácter consultivo.

Así, en cuanto a los efectos de la resolución por mutuo acuerdo de las partes, la regulación legal (artículo 113.2 TRLCAP, actual artículo 225.1 TRLCSP) dispone que *«cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo validamente estipulado por ellas»*.

Siendo ésta la regulación general de los efectos de la resolución de todos los contratos por mutuo acuerdo, sin embargo la regulación de las causas específicas de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos, al establecer los efectos de la resolución, dispone (artículo 169 TRLCAP, en la actualidad artículo 288 TRLCSP) que *«en los supuestos de resolución, la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras o instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión»*.

A la vista de la interpretación conjunta de ambas regulaciones sobre los efectos de la resolución por mutuo acuerdo, resulta obligado —pese al libre acuerdo de las partes en los contratos de gestión de los servicios públicos—, el abono por parte de la Administración al concesionario de las obras o instalaciones ejecutadas por éste, pero que hayan de pasar a propiedad de aquella. Este es el matiz que no concurre en el presente supuesto, y que por lo tanto hace inaplicable a estas concesiones analizadas tal obligación de la Administración.

De modo que las consecuencias jurídicas o económicas de la resolución por mutuo acuerdo de estas concesiones serán las que libremente fijen las partes, dentro del respeto en todo caso al ordenamiento jurídico y a los principios básicos de eficiencia, buena administración y prohibición del enriquecimiento injusto.

En atención a los nuevos planteamientos del Plan GIRA que apuntan al intento de minimizar los costes de los nuevos concesionarios, la Administración

informa de la intención de aportar a las nuevas licitaciones los terrenos públicos necesarios, o las infraestructuras ya existentes. Esta adquisición de las infraestructuras por la Administración para su incorporación a las futuras licitaciones parece razonable. Sin embargo, ante la imposibilidad de costear tal adquisición se plantean en la consulta una serie de opciones que trasladan el pago del importe de dichas infraestructuras al futuro concesionario. En este punto no es competente la Junta para realizar un análisis de la legalidad de estas fórmulas; sin perjuicio de pronunciarse con carácter general sobre la prohibición, contraria a la legislación de contratos, de configurar una licitación que pueda contener cláusulas que limiten los principios de transparencia y competencia, abocando a que en el nuevo procedimiento únicamente pudiera presentarse aquel que tenga derecho a recibir tal importe.

III. CONCLUSIONES.

I. La crisis económica, que ha afectado de manera muy relevante al equilibrio económico de los contratos de gestión de servicios públicos, puede ser considerada causa o riesgo imprevisible susceptible de generar el correspondiente derecho del concesionario al reequilibrio económico del mismo.

II. Los nuevos principios legislativos que inspiran el servicio de gestión de residuos determinan la imposibilidad del reequilibrio económico de las concesiones en los términos originales, exigiendo una nueva configuración y redimensión de los contratos, no siendo posible una modificación de los mismos.

III. El reconocimiento del derecho al reequilibrio económico, unido a la necesidad de extinción de los contratos vigentes para poder redimensionar la gestión del servicio a través de nuevas licitaciones, habilita una resolución

fundada en el mutuo acuerdo de las partes, siempre que no exista incumplimiento del concesionario.

Informe 8/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 10 de abril de 2013.