

Alerta legal

Junio 2023

Informe 2/2023, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de Andalucía, de 17 de marzo de 2023, sobre la procedencia de compensar los gastos realmente soportados por el concesionario de un contrato de concesión para la gestión de servicios cuando, extinguida la relación contractual, se le impone seguir prestando el servicio hasta tanto se produzca la adjudicación del nuevo contrato.



SDP ESTUDIO LEGAL

Avda. Cardenal Bueno Monreal, 50, 3ª Planta, 1, 2 y 6, Edificio Columbus, 41013, Sevilla

El Informe 2/2023 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, de 17 de marzo de 2023, se pronuncia sobre la procedencia de compensar los gastos realmente soportados por el concesionario de un contrato de concesión para la gestión de servicios, cuando extinguida la relación contractual, se le impone unilateralmente la obligación de continuar prestando el servicio hasta la adjudicación del nuevo contrato.

La compensación a favor del concesionario se fundamenta en la teoría de prohibición del enriquecimiento injusto.

El Informe se apoya en el Dictamen nº 31/17 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, así como en la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 1066/2020 de 21 de julio (Rec. 7567/2018).

I. Antecedentes.

El Informe 2/2023 de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía se emite a solicitud del Ayuntamiento de El Ejido en el marco de un recurso de reposición interpuesto por la empresa adjudicataria de un contrato de concesión de servicios suscrito el 28 de noviembre de 2000 bajo el marco normativo de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas ("Ley 13/1995").

El referido contrato de concesión sufrió múltiples modificaciones durante su ejecución (ampliación del contrato para incorporar nuevos servicios, sucesivas revisiones de precios, fijaciones de nuevos cánones, etc.) hasta que, en fecha 25 de mayo de 2015, el Ayuntamiento notificó al adjudicatario que el contrato no iba a ser objeto de una nueva prórroga, quedando finalmente extinguido el 28 de noviembre de 2015.

Tal y como se establecía en el pliego de condiciones administrativas particulares del contrato ("PCAP"), el concesionario se encontraba obligado a continuar la prestación del servicio hasta que el nuevo prestador del servicio se hiciera cargo del mismo. Dicha prerrogativa estaba expresamente contemplada en el PCAP, y además contaba -como señala el Informe que comentamos- con amparo legal en virtud del artículo 162.a) de la Ley 13/1995, así como en del artículo 128 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

Durante el periodo en que el adjudicatario inicial continuó prestando el servicio, comprendido entre el 28 de noviembre de 2015 y el 12 de julio de 2018, en el Boletín Oficial de la Provincia de Almería de 17 de octubre de 2016 se publicó el Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de la empresa adjudicataria, que aprobaron las revisiones salariales para los ejercicios 2016 y 2017. Para la determinación del precio de la nueva concesión de servicios que se licitó tras la larga situación de prórroga se tuvo en cuenta el importe de la masa salarial calculada conforme a ese nuevo Convenio, que sin embargo no se aplicó al contrato prorrogado.

En fecha 2 de septiembre de 2020, el adjudicatario inicial del contrato presentó un escrito en el Ayuntamiento en el que, entre otros extremos, reclamaba la diferencia de costes de personal (189.207,40 euros, más IVA) por incremento de las tablas salariales, desde el momento en que entró en vigor el nuevo convenio hasta que se produce la cesación del servicio el 12 de julio de 2018.

Por acuerdo del Pleno de 23 de diciembre de 2020 se desestimaron todas de las peticiones (entre ellas, los costes de personal por incremento de las tablas salariales desde el año 2016), salvo la liquidación de anualidades pendientes.

Frente al acuerdo de 23 de diciembre de 2020, el adjudicatario inicial del contrato de concesión de servicios interpuso recurso de reposición.

En este contexto, el Ayuntamiento de El Ejido solicita a la Junta Consultiva de Contratación de Andalucía que se pronuncie sobre la resolución del referido recurso de reposición.

II. Cuestión planteada.

La cuestión controvertida consiste en determinar si el concesionario de un contrato de gestión de servicios públicos (hoy concesión e servicios) que debe continuar con la ejecución de las prestaciones objeto del mismo por acuerdo unilateral de la Administración hasta la adjudicación de una nueva concesión, ha de ser retribuido respetando las condiciones establecidas en la concesión ya extinguida y, en consecuencia, respetando el principio de riesgo y ventura; o si, en contraposición, debe ser resarcido por los costes que efectivamente haya soportado desde el momento en que presta el servicio por imposición de la Administración.

III. Conclusiones.

A continuación, se mencionan las conclusiones más significativas del Informe 2/2023:

- **Se deben compensar los gastos realmente soportados por el concesionario de un contrato de concesión de servicios cuando, extinguida la relación contractual, se le impone unilateralmente - como manifestación del *factum principis*- seguir prestando el servicio hasta la adjudicación del nuevo contrato.**

Argumenta la Comisión Consultiva que el desarrollo de la prestación del servicio durante el periodo de interinidad deberá regirse, en la medida de lo posible, por el contrato anterior, pues el objetivo es dar continuidad a la prestación de un servicio que ya se venía realizando.

Sin embargo, al no tener la nueva obligación fundamento en el contrato anterior, "*el principio de riesgo y ventura no constituye impedimento para que se compense al contratista por la totalidad de los gastos que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación*".

Y así ocurre en el caso analizado en el que, la aprobación de un nuevo convenio laboral durante el periodo de gestión del servicio por imposición unilateral del Ayuntamiento reportó un mayor coste salarial para el adjudicatario inicial. En ese caso, tal y como remarca la Comisión Consultiva, se debía tener presente que los costes salariales calculados conforme al nuevo Convenio fueron considerados por el Consistorio a la hora de elaborar el presupuesto de la nueva licitación.

Para alcanzar dichas conclusiones, el Informe se apoya en el Dictamen emitido en expediente 31/17 por la Junta Consultiva de Contratación del Estado, en el que se analiza la justificación de la compensación de los gastos soportados por el concesionario de servicios al que se le impone unilateralmente la continuación de la prestación. Asimismo -en una interpretación algo *sui generis* del principio- califica de *factum principis* el ejercicio de la potestad de extender forzosamente la duración del contrato.

- **La compensación a favor del concesionario se fundamenta en la teoría de prohibición del enriquecimiento injusto.**

En el Informe 2/2023 la Comisión Consultiva considera que la compensación al concesionario por los gastos realmente soportados durante el periodo de interinidad no tendría sustento en instrumentos contenidos en la legislación de contratos -como podría ser el establecido en el artículo 164 de la Ley de contratos 13/1995-, pues no nos encontramos ante una prórroga, ni ante una modificación por razones de interés público que produzca afectación al régimen financiero del contrato, dado que la nueva obligación del concesionario nace extramuros de la relación negocial.

Siguiendo el referido Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación del Estado (Expte. 31/17), la imposición unilateral de la continuación de la prestación al contratista surge como consecuencia del retraso de la Administración, en estos casos, en el proceso de licitación y adjudicación del nuevo contrato, debiendo resolverse las consecuencias que de ello derivan para el contratista en virtud del principio de prohibición del enriquecimiento injusto.

En base a dicho principio, *“una vez prolongada la obligación de prestación del servicio público a un contratista por causa imputable a la Administración, esta debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos en que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación”*.

De este modo, *“la totalidad de los gastos que se generen en este nuevo periodo deben ser adecuadamente compensados”* atendiendo, en la medida de lo posible, al contrato original y las disposiciones contenidas en el mismo. No obstante, esto no quiere decir *“que se siga cumpliendo el contrato primigenio, pues el mismo ya ha sido extinguido por el transcurso de su plazo máximo, sino que la nueva prestación que se ejecuta extramuros del contrato es, no obstante, similar a la que se amparaba en aquel, se origina en el contrato y debe cumplirse en la medida de lo posible conforme a las previas estipulaciones de las partes”*.

Tal y como dispone el Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación del Estado en el que se apoya el Informe 2/2023 (Expte. 31/17), *“si por causas excepcionales, durante el periodo imprescindible para paliar esa situación excepcional, y atendiendo a la necesidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio, se justifica que se prolongue la prestación del contratista, éste deberá ser adecuadamente retribuido, especialmente en el supuesto de que se altere el equilibrio económico en detrimento del contratista”*.

La prestación del servicio durante dicho periodo excede del contenido del riesgo y ventura asumido por el contratista conforme al contrato ya extinguido y, por ello, para la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado es claro que *“no tiene que soportar las consecuencias económicas de una situación no imputable a él y que va más allá del contrato en los términos pactados”*.

Esperando que el contenido de la presente Alerta legal sea de su interés, quedamos a su disposición para comentar o aclarar el contenido expuesto; para mayor información no dude en ponerse en contacto con nosotros.

Un cordial saludo.



Juan Antonio Carrillo Donaire
Consejero-Asesor SdP Estudio Legal



Laura Álvarez Medina
Abogada SdP Estudio Legal



Jesús Tarancón Babío
Abogado SdP Estudio Legal



Avda. Cardenal Bueno Monreal, 50, 3ª Planta, 1-2-6 Edificio Columbus,
41013 - Sevilla
Tlf: 954 53 13 77