

Informe Jurídico: Rescate gestión servicio público

ANTECEDENTES

Primero.- El Presidente de la Mancomunidad XXX solicita mediante escrito de fecha XXX que se informe sobre la siguiente cuestión:

- Procedencia o no de admitir el rescate de los contratos de gestión de servicios públicos promovida por el adjudicatario, así como sus posibles repercusiones económicas, en los servicios públicos de Velatorio-Tanatorio y Equipo de parcheo de asfalto.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento del Servicio de Asistencia a Municipios, junto con dicha solicitud se remiten por el Ayuntamiento los siguientes documentos:

- Copia de los contratos firmados y sus respectivos pliegos para la adjudicación de la gestión de los servicios públicos de equipo de parcheo de asfalto y Velatorio-Tanatorio Móvil entre la Mancomunidad XXX y YYY.
- Informe del Secretario de la Mancomunidad sobre la cuestión planteada.

Sobre los referidos antecedentes han de considerarse los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- El presente informe se emite en virtud de lo previsto en el Reglamento de Asistencia Jurídica, Económica y Técnica de los municipios de la provincia de Zamora, publicado en el BOP de Zamora nº 41 de 5 de abril de 2004, que regula el funcionamiento del Servicio de Asistencia a Municipios de la Diputación Provincial de Zamora, estableciendo los requisitos y procedimiento para dicha asistencia, dando cumplimiento de este modo a lo dispuesto en el artículo 36.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece que es competencia de las Diputaciones Provinciales la asistencia y la cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión.

Se han cumplido los requisitos y procedimiento establecidos en dicho Reglamento; en concreto, la petición de informe está suscrita por el Presidente de la entidad local y dirigida al presidente de la Corporación Provincial (art. 13.1).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del citado Reglamento, el informe emitido no será vinculante para la entidad local solicitante.

Segundo.- El contrato para la gestión del servicio público de Velatorio Tanatorio móvil se formalizó por la Mancomunidad de municipios XXX con fecha 05 de junio de 2006 y el de la gestión del servicio público de Equipo de parcheo y asfalto el 18 de enero de 2008, ambos adjudicados estando vigente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 2/2000 (TRLCAP), que resulta por ello la norma de aplicación a estos contratos de acuerdo con la DT1ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos del sector público aprobado por RDL3/2011 “ los contrataos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prorrogas, por la normativa anterior”.

Tercero.- Dado que los dos contratos objeto de este informe son de gestión de servicios públicos mediante la modalidad de concesión, con el mismo régimen jurídico aplicable, nos referiremos conjuntamente a ambos en cuanto a las causas de resolución y la posibilidad de rescate.

Cuarto.- las causas de resolución de estos contratos de gestión de servicios públicos son las establecidas en el art. 167 del TRLCAP, artículo al que remite el apartado decimotercero de ambos contratos formalizados por la Mancomunidad.

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 razones de interés público.
- d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

Como quiera que es objeto de este informe la posibilidad de acudir al rescate del servicio, señalamos que la potestad de rescate del servicio por razón de interés público, antes de que transcurra el plazo de duración prefijado en el contrato, es una posibilidad que legalmente tiene atribuida la Administración en la legislación de contratos [arts. 167.b) y 168.2 del TRLCAP y de modo específico, y de acuerdo con ella, el art. 99 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL), aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, el art. 127 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (RS), aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Con el rescate la entidad local ejerce una potestad administrativa, y como tal es irrenunciable. En el fondo se trata de una potestad de revocación, por razones de conveniencia para el interés público que han de ser debidamente justificadas en el expediente y que está implícita en la concesión.

En este sentido la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1999 , que se remite a una anterior de 25 de septiembre de 1987, afirma la facultad de la Administración *"para dejar sin efecto la concesión antes de su vencimiento, si lo justificasen las circunstancias sobrevenidas de interés público, mediante resarcimiento de los daños que se causasen, o sin él cuando no procediese; de esta forma se configura lo que podríamos denominar el rescate forzoso, como una especie de potestad expropiatoria para las concesiones de servicios públicos, por razones de interés público, expresamente contemplada en el artículo 41 de la Ley de Expropiación Forzosa y sujeta como toda expropiación a una indemnización determinada; frente al rescate contractual, que también opera como causa de extinción de la concesión antes de su expiración normal, en virtud de las cláusulas establecidas en el pliego de condiciones, en cuyo caso la indemnización del concesionario se realiza según las modalidades previstas en el contrato (...) Pero, en uno y otro supuesto, el rescate del servicio supone una reversión anticipada, cuyo motivo se encuentra en la conveniencia para el interés general de que el servicio sea gestionado en lo sucesivo por la propia Administración o a través de un ente público dependiente de la misma"*.

La declaración de rescate produce como consecuencia inmediata y principal la reversión del título habilitante para el ejercicio del servicio y de las instalaciones afectas al mismo (Art. 52.1 RS). Tal reversión no puede ser gratuita. La duración de la relación concesional opera como dato principal en la ecuación financiera de la misma. Al expirar la concesión anticipadamente, ni las amortizaciones han podido efectuarse ni el beneficio industrial ha podido obtenerse según las previsiones iniciales.

Atendiendo a estas razones, la normativa vigente reconoce al concesionario el derecho a recibir una indemnización integral, cuyas partidas principales son las denominadas compensación industrial (indemnización por los beneficios dejados de percibir durante las anualidades que restan para completar el plazo de concesión) y compensación de amortización (indemnización por el valor no amortizado de las instalaciones adscritas a la concesión).

Esto es justamente lo que especifica, con otros términos, el Art. 169.4 TR LCAP que otorga al contratista el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo al resultado de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir habida cuenta de su grado de amortización. Hay que indemnizar todos los daños y perjuicios que con motivo del rescate se originen dentro del marco de la expropiación.

En conclusión el rescate del servicio es una facultad de la administración contratante, no del concesionario, quien en caso de incumplimiento de las obligaciones por la administración contratante podrá instar la resolución del contrato de acuerdo con lo previsto en las letras g) y h) del art. 111 TRLCAP, sin embargo esta causa sólo originará la resolución del contrato en los casos previstos en esta Ley (art. 112.10 TRLCAP). En este sentido Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos, Sala de lo Contencioso-administrativo,

Sección 1ª, Sentencia de 10 Dic. 2010, rec. 242/2009, con cita de STS, Sala 3ª, Sec.4ª de fecha 21.6.2004, dictada en el recurso de casación núm. 4589/1999 (siendo ponente el Ponente el Excmo. Sr. D.: Rafael Fernández Montalvo) con el siguiente razonamiento: *el incumplimiento que justifica la resolución ha de ser sustancial, no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de esta Sala como de la Primera del mismo Tribunal, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en que consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin del contrato.*

Por ello los asuntos relacionados con la utilización y aprovechamiento del resto de la maquinaria de la Mancomunidad que no es objeto de concesión, no pueden ser alegados por el concesionario como incumplimiento, ya que no están relacionados ni constituyen el objeto del contrato. Y afectan a la responsabilidad de la Mancomunidad de gestionar su patrimonio, para el cumplimiento de los fines previstos en sus Estatutos.

Quinto.- Además constituye una obligación de la Mancomunidad como entidad local ejercer las acciones necesarias para la defensa de sus bienes y derechos (art.9 RBEL), en palabras del art. 28 (básico) de la ley 33/2003 de patrimonio de las administraciones públicas, esta obligada a proteger y defender su patrimonio. A tal fin protegerán adecuadamente los bienes y derechos que lo integran, procuraran su inscripción registral, y ejercerán las potestades administrativas y acciones judiciales que sean procedentes para ello. Por lo que si existe una empresa que esta explotando maquinaria de la Mancomunidad sin titulo para ello y fuera del ámbito de la Mancomunidad deberán promover la recuperación de la misma, constituyendo una obligación independiente y no ligada a ningún otro contrato en vigor aunque haya identidad entre la persona del concesionario y la de la empresa que explota sin titulo.

Por todo ello, y en base a la exposición jurídica aquí enumerada, pueden formularse las siguientes

CONCLUSIONES

Primera.- El rescate del servicio por la Administración es una forma de extinción del contrato de gestión de servicio público, que sólo puede promover la Mancomunidad como administración contratante.

Segundo.- El concesionario puede instar la resolución del contrato de gestión de servicio público, por incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato,

sin que pueda, validamente alegar un incumplimiento que no este relacionado con el objeto del contrato.

Tercero.- Finalmente la Mancomunidad tiene la obligación de defender su patrimonio de intrusiones ajenas y de recuperar los bienes que formando parte del patrimonio de la Mancomunidad estén siendo utilizados por los particulares sin titulo para ello.

Zamora a 02 de mayo de 2013

EL SERVICIO DE ASISTENCIA A MUNICIPIOS