

Informe 60/08, de 31 de marzo de 2009. «Consulta sobre determinación de responsabilidad por incumplimiento contractual durante el periodo de huelga del servicio de recogida de basuras».

Clasificación de los informes: 22.9. Contratos de gestión de servicios públicos. Otras cuestiones. 22.10. Contratos de gestión de servicios públicos. Mantenimiento del equilibrio económico financiero.

ANTECEDENTES

Por la Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Torrelavega se formula la siguiente consulta:

«Por este Ayuntamiento de mi presidencia se ha tramitado expediente con destino a las determinaciones de la responsabilidad por incumplimiento contractual durante el periodo de huelga del servicio de recogida de basuras.

Dicho expediente tiene su origen en la huelga del servicio de recogida de basuras que se produjo en este municipio durante los meses de Junio y Julio de 2008, y que dio lugar a que el Ayuntamiento de Torrelavega tuviera que dictar una resolución fijando los servicios mínimos, que se establecieron en el 50% de los servicios prestados de lunes a sábado y el 40% en festivos y domingos.

No obstante el incumplimiento de estos servicios, y la imposibilidad de que los contenedores recogieran toda la basura que se depositaba en los mismos, hizo que esta se acumulase en la acera, impidiendo el tránsito de peatones y dificultando la prestación del servicio de limpieza viaria que este Ayuntamiento efectúa mediante gestión directa, lo que obligó al Ayuntamiento a tener que adoptar medidas adicionales para asegurar la limpieza viaria afectada por la falta de recogida de basuras.

Finalizada la huelga, y tras Decreto de esta Alcaldía de fecha 9 de Julio de 2008, se ha incoado expediente cuyos principales documentos son los que se incorporan junto con la presente solicitud de informe.

En consecuencia en el expediente se plantean dos cuestiones principales:

a) La procedencia de descontar las prestaciones no realizadas durante el periodo de huelga.

b) La exigencia de abono al Ayuntamiento del exceso de coste en que incurrió en el servicio de limpieza viaria que debió reforzar para retirar de las aceras basuras que impedía la prestación de dicho servicio.

En el caso de las primeras, el Ayuntamiento entiende que no procede abonar los servicios no prestados, conforme establece el artículo 14.3 del pliego de condiciones técnicas, no admitiendo la consideración de la división propuesta por la empresa entre costes fijos y costes variables al estimar que el precio del servicio es único.

En cuanto al apartado b) se considera en principio que es procedente la exigencia a la empresa concesionaria de los costes en que incurrió el Ayuntamiento en base a lo previsto en el artículo 14.13 del pliego de condiciones técnicas, así como las recogidas en los artículos 14.3 y a que la huelga no puede considerarse como causa de fuerza mayor. No obstante se plantea la duda, ante algunas declaraciones jurisprudenciales como las recogidas en la STS de 30 de Junio de 2007, de si es posible a un Ayuntamiento, en caso de huelga, exigir las responsabilidades derivadas de los costes en que incurrió para reforzar los servicios que se encontraba obligado a prestar, pues es la huelga, y no la falta de actividad de la empresa, la que ha impedido a ésta adoptar las medidas oportunas, por lo que el ejercicio del derecho fundamental a la huelga puede considerarse como una "pseudo" causa de fuerza mayor que eximiría de responsabilidad a la concesionaria obligando al Ayuntamiento a asumir los costes en que incurrió, aunque estos derivasen de la no prestación del servicio contratado.

En consecuencia, al amparo de lo establecido en el artículo 299 y ss de la Ley 30/2007 de 30 de Octubre y artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se solicita de esa Junta, informe en relación con la siguiente cuestión:

¿La situación de declaración de huelga en una empresa prestadora de servicios públicos, como es la de recogida de residuos sólidos urbanos, supone, en caso de no apreciar una actitud negligente de la

empresa en el cumplimiento de los servicios mínimos, la no aplicación de las cláusulas de responsabilidad que por incumplimiento contractual previera el pliego de condiciones económicas-administrativas que rigen la contratación, así como la normativa reguladora de la legislación de contratos, o por el contrario dicha responsabilidad no se ve afectada por la huelga declarada al no poder considerar la misma como causa de fuerza mayor?».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta formulada por la Corporación municipal se limita a la consideración de si el coste derivado de la huelga de los trabajadores de la concesionaria de un servicio público debe ser asumido por ésta, o si por el contrario puede ser repercutido sobre la entidad concedente, al no poder ésta reducir del canon a satisfacer el importe de los servicios no prestados.

2. La cuestión debe ser resuelta a la luz de un principio consagrado en nuestro ordenamiento jurídico tradicionalmente como un principio básico de la contratación: el principio de que los contratos se ejecutan a riesgo y ventura del contratista. Este principio se consagra de forma explícita en la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 199 a cuyo tenor *“La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista...”*. Por lo que respecta a las concesiones de gestión de servicios públicos se refuerza en el artículo 253 que dispone *“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura...”*.

Este principio no tiene más excepciones, por lo que respecta al caso que nos ocupa que las previstas en el propio pliego al amparo de la libertad de pacto que establece el artículo 25 de la Ley.

La conclusión que debe extraerse de ello es que las consecuencias de la huelga no deben ser soportadas por la entidad concedente sino por la concesionaria, toda vez que deben considerarse como un riesgo normal de la actividad empresarial.

Esto es particularmente decisivo tratándose de una concesión administrativa, pues lo que diferencia a la concesión de otras modalidades de gestión de los servicios públicos, es precisamente el hecho de que el concesionario asume los riesgos derivados de ella. Bien es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido paliando los efectos de la aplicación estricta de este principio a través de teorías como la del *“factum principis”* o la del riesgo imprevisible. Sin embargo un somero análisis de cualquiera de éstas pone de manifiesto que no nos encontramos ante los supuestos que permiten su aplicación.

La primera de ellas porque exige la existencia de la adopción de medidas de carácter general por parte de una Administración, fuera del ámbito de la relación jurídico contractual, que alteren el equilibrio económico de la concesión. Es evidente que éste no es el supuesto que se contempla en el presente informe.

La segunda porque, aparte de no estar claramente aceptada por la jurisprudencia ni asumida por la normativa vigente, tampoco hace referencia al supuesto a que nos referimos pues implica la existencia de una alteración sustancial de las condiciones financieras de la concesión con un carácter básico de permanencia. Es claro que no concurren estas circunstancias en el supuesto de la huelga del personal al servicio del concesionario.

Sentado lo anterior, resulta obvio que la declaración de huelga por el personal de la entidad concesionaria del servicio público de recogida de basuras no puede ser considerada como un supuesto que excluya la asunción del riesgo en la ejecución del contrato por el concesionario y, por consiguiente, las consecuencias desfavorables de la misma deben ser asumidas plenamente por éste.

Aunque, ello supone que, en principio, la Corporación municipal que otorgó la concesión para la gestión del servicio público está facultada para imputar al concesionario las consecuencias

económicas derivadas de la falta de prestación del servicio de conformidad con lo que figure en los pliegos que rigen las condiciones de prestación de éste, sin embargo esta imputación no deberá hacerse en función de lo previsto en ellos para el caso de incumplimiento del contrato por causa imputable al contratista.

En efecto, la falta de cumplimiento que se deriva de la huelga es directamente imputable a los trabajadores y no al contratista. Por ello, de preverse en los documentos que determinan el contenido obligacional de la concesión penalidades u otras consecuencias negativas para los casos de incumplimiento contractual imputables al contratista, no deberán aplicarse éstas cuando la causa directa de ellos sea la huelga de los trabajadores afectos a la gestión del servicio.

Evidentemente, tampoco podrá derivarse la acción de responsabilidad contra los propios trabajadores, puesto que la huelga es un derecho reconocido constitucionalmente. En consecuencia siempre que se ejercite sin desbordar los cauces legalmente establecidos, las consecuencias derivadas de él serán exclusivamente las previstas en el ordenamiento jurídico vigente y que se desenvuelven de forma estricta en el ámbito de la relación laboral.

Sin embargo, este criterio no puede servir de base para considerar que la Administración concedente sigue estando obligada al pago del canon por la gestión del servicio. De asumirse esta conclusión, supondría admitir que el concesionario podría beneficiarse válidamente de un enriquecimiento injusto toda vez que percibiría la retribución por la prestación del servicio, que evidentemente incluye entre los elementos que la integran el importe de la mano de obra empleada en él, y sin embargo, no lo habría prestado ni, de conformidad con la legislación reguladora de la huelga, estaría obligado a satisfacer a los trabajadores en huelga su retribución.

En base a ello, debe entenderse que la Administración concedente no debe estar obligada a cumplir con la obligación de pago más que hasta donde alcance el importe de los gastos generales imputables a la prestación del servicio, y, desde luego, no está obligada a pagar la parte correspondiente a los salarios no abonados por el concesionario.

3. Queda una última cuestión relacionada con la consideración de la huelga como un supuesto de fuerza mayor del que pudiera derivarse la exclusión de la responsabilidad por parte de concesionario.

En primer lugar, hay que indicar que la fuerza mayor como causa para el restablecimiento del equilibrio financiero en el contrato no está contemplada con carácter general en la Ley de Contratos del Sector Público. Ninguno de los preceptos que dedica a regular la ejecución de los contratos con carácter general se refiere a ella.

Con carácter específico la recoge, precisamente con finalidad compensatoria, al regular el contrato de ejecución de obras en su artículo 214. Para las concesiones de obras públicas la regula como causa de restablecimiento de equilibrio financiero en el artículo 241.2 b) y con respecto de las concesiones de gestión de servicios públicos consagra un principio similar en el artículo 258.4 c).

Por tanto, en principio, es posible alegar la concurrencia de causa de fuerza mayor como una justificación para exigir a la Entidad concedente el restablecimiento del equilibrio financiero en la concesión. En el caso que constituye el objeto de este contrato, ello significaría, al menos, no aplicar penalizaciones por mal cumplimiento basándose en la huelga.

Sin embargo, para que esta posibilidad exista sería preciso que la huelga pudiera ser considerada como causa de fuerza mayor, cosa que, de conformidad con la Ley de Contratos del Sector Público no cabe, tal como veremos. En efecto, el artículo 258, al mismo tiempo que establece la obligación de la Administración de *“restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda...c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma*

directa la ruptura sustancial de la economía del contrato...”, indica que “a estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley”.

Pues bien, el artículo mencionado dispone que *“tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) Los incendios causados por la electricidad atmosférica. b) Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes. c) Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público”.* Como se puede comprobar bajo ninguno de los supuestos anteriores cabe subsumir la figura de la huelga, por lo que resulta necesario concluir que ésta no está contemplada como uno de los supuestos que permiten exigir de la Entidad concedente el restablecimiento del equilibrio financiero a que se refiere el artículo 258.4 antes comentado.

CONCLUSIONES

1. De todo lo anterior cabe sentar la conclusión de que la huelga de los trabajadores del concesionario es uno de los riesgos normales de la actividad empresarial que debe ser asumido por éste en la ejecución de contrato administrativo, y por consecuencia sus efectos económicos desfavorables para el empresario no pueden ser repercutidos sobre la Entidad concedente.

2. Como consecuencia de lo anterior, salvo que el pliego de cláusulas administrativas particulares, al amparo de la libertad de pacto, hubiera previsto otra cosa, la Administración concedente estará autorizada para en base a la falta de prestación del servicio durante el tiempo que dure la huelga, deducir del canon a abonar, el importe de los gastos que el empresario hubiera dejado de soportar por aplicación de las disposiciones reguladoras del derecho de huelga.