

Informe 15/2013, de 26 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Normativa aplicable a los contratos patrimoniales celebrados por las entidades locales. Posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de arrendamiento de parcelas rústicas para instalaciones fijas y aprovechamiento mineros. La crisis económica como causa de modificación del contrato. Jurisdicción aplicable en caso de conflicto.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de la Villa de Zuera (Zaragoza) se dirige, con fecha 23 de mayo de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«ASUNTO: Opciones para la modificación de contrato o rescisión de contrato de arrendamiento de parcelas rústicas para instalaciones fijas y aprovechamiento mineros. Posible aplicación de la Normativa de derecho privado y Revisión de contrato.

PRIMERO.- ANTECEDENTES

1.- Contrato arrendamiento de parcelas rústicas, Patrimoniales, 16,6017 Ha.

*En fecha 10 de junio de 2008 se firmó **contrato** con la empresa una vez tramitado el expediente de contratación previos trámites de contratación mediante concurso para aprovechamientos mineros de fincas rústicas propiedad municipal.*

*El **Acta de inicio** de los trabajos se firmó el 28 de diciembre de 2012, obtenida la Autorización del aprovechamiento de recursos de la Sección A) gravas y arenas, denominado "Zuera 2" nº 358 por Resolución de 3 de octubre de 2012, la Directora General de Energía y Minas, del Departamento de Industria e Innovación del Gobierno de Aragón.*

Las condiciones de la **Autorización** conforme a la Resolución de 3 de octubre de 2012, se concretan en una Vigencia de 14 años, mientras se mantenga la disponibilidad de los terrenos y no se incurra en causa de caducidad.

El **Objeto de contrato** es el aprovechamiento de recursos mineros y de conformidad con los Pliegos y el Contrato las condiciones de contrato, pueden resumirse en:

- Arrendamiento Ocupación Planta fija Instalaciones: Mínimo 30.000m²- 2.680 €/ha.
- Aprovechamiento minero. Extracción. Precio 0,37 €/m³. Con unos mínimos anuales. 40.000 m³.

2.- Cláusulas del Pliego de condiciones

Respecto del contenido de las Cláusulas del contrato que pueden servir de antecedente para esta consulta se establece:

Régimen Jurídico del contrato

“El contrato que regulan las presentes cláusulas y se regirá en lo no previsto en las mismas por:

- Ley 7/99, de Ley 7/99, de 9 de abril de Administración Local de Aragón.
- Ley 7/85, de 2 de abril, Reguladora de Bases de Régimen Local y Real Decreto Legislativo 781/86, de 18 de abril, Texto Refundido de disposiciones de Régimen Local.
- Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, aprobado por Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón. Art. 99 al 102.
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- Legislación sectorial vigente, aplicable en materia de minas del Estado y de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Las partes se someten a la Jurisdicción de Zaragoza para la resolución de las divergencias que pudieran surgir como consecuencia de la interpretación y contenido del contrato.”

Facultad de Modificar el contrato. Límites

“Una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo puede modificar los elementos que lo integran de acuerdo con los límites establecidos en la legislación vigente.

El ejercicio de la prerrogativa de introducir modificaciones unilateralmente llevará consigo la obligación de indemnizar al adjudicatario en los términos y condiciones establecidos en el Real Decreto Legislativo 2/2000, 16 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública.

El órgano de contratación únicamente puede acordar modificaciones en los proyectos, por razones de interés público, cuando sean consecuencia de necesidades nuevas o de causas imprevistas al tiempo de su elaboración, debiendo quedar tales circunstancias acreditadas y justificadas y tenerse en cuenta las limitaciones derivadas del Texto Refundido de la Ley de Contratos.

El Ayuntamiento podrá proponer las modificaciones que considere conveniente respecto del estado final de los terrenos afectados por la actividad extractiva.

En caso de que se considere por las partes que dichas modificaciones son técnicamente posibles y positivas para el medio ambiente y sean económicamente asumibles para la rentabilidad de la explotación, solicitarán de común acuerdo al Gobierno de Aragón la aprobación de la modificación del Plan de Restauración.”

SEGUNDO.- NORMATIVA VIGENTE.

El artículo 4.1 p) y 4.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, después de excluir de su ámbito de aplicación, entre otros, a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador, establece que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial, aplicándose, según dispone el apartado 2 de este mismo artículo, los principios del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Así, según el artículo 20.2 del mismo Texto legal y en relación al artículo 4.1.p), la legislación patrimonial a la que deberemos remitirnos, será al Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

TERCERO.- SOLICITUD DEL CONTRATISTA DE FECHA 17 DE MAYO DE 2013

En fecha de 17 de mayo de 2013 el contratista ha presentado solicitud en la que esgrime “Que transcurridos 5 años desde la fecha de licitación y de contratación, constata que no sólo es imposible el consumo anual de esa cifra, sino que dicha cifra mínima no se alcanza ni computando el consumo conjunto de tres años” y solicita “novación de las condiciones económicas del contrato, para restablecer el equilibrio económico, equilibrio que ha quebrado a consecuencia de la crisis económica”.

Señala que la inversión de la puesta en marcha de la Gravera y la concesión de los oportunos Permisos y Licencias y cómo la pérdida del contrato supondría unos daños y perjuicios considerables para esta empresa, cuyas consecuencias pueden ser ruinosas, no sólo para la empresa, sino también para las familias cuyo empleo depende de la viabilidad de la empresa.

Entrega con la solicitud documentación acreditativa:

- *Resumen con gráficos incluidos de la cifra de negocio desde el ejercicio 2003.*
- *Cuentas anuales de la mercantil desde el ejercicio 2003 hasta las correspondientes al ejercicio 2012.*
- *Informes de auditoria de la mercantil de todos los ejercicios económicos en los que estaba obligada a auditarse.*
- *Mediciones anuales, semestrales y cuatrimestrales de todos esos ejercicios.*

Por todo ello solicita “Que a la vista de la crudeza de la crisis económica, que afecta especialmente al sector de la construcción, razón por la que se ha producido un grave desequilibrio económico en el contrato (...), se proceda a revisar y novar las condiciones económicas pactadas, a fin de restablecer el equilibrio económico roto por la crisis. Subsidiariamente y para el supuesto de que el Ayuntamiento denegara la novación del contrato... solicita la indemnización de los daños y perjuicios que dicha denegación causa a mi representada en el sentido interesado”.

CUARTO.- CONSIDERACIONES

Atendidos los antecedentes, tanto el contratista como el Ayuntamiento se plantean si resulta legalmente posible proceder a la tramitación de un expediente de modificación del contrato, considerando la concurrencia de una causa las dificultades de la empresa para poder hacer frente a las obligaciones contractuales cubrir los mínimos de extracción (40.000 m³) o si, por el contrario, estos mínimos se consideran una condición esencial del contrato.

La modificación supondría un perjuicio económico para el Ayuntamiento, o un menor ingreso y plantear la resolución de contrato generará un procedimiento que se dilata en el tiempo y posibles reclamaciones con perjuicio así mismo para las arcas municipales.

La resolución conlleva para el Ayuntamiento iniciar los trámites de una nueva adjudicación, difícil en estos momentos, dada la coyuntura económica, pudiendo quedar desierta la contratación por lo que el perjuicio económico para el Ayuntamiento sería mayor, nueva tramitación de la Autorización de la Dirección General de Energía y Minas por el Adjudicatario, que se dilata muchos en el tiempo.

En caso de resolución del contrato, la Autorización de la Dirección General de Energía y Minas a la Empresa tiene una vigencia de 14 años y está condicionada a que mantenga la disponibilidad de los terrenos y no se incurra en causa de caducidad.

En cuanto a la modificación el artículo 9 del Real Decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entonces aplicable, dice: «1. Los contratos privados se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En cuanto a sus efectos y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado.»

El pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato no definen en ningún momento cuáles son esas condiciones esenciales del contrato, al contrario de lo que ocurre en la redacción actual contenida en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, que incide especialmente en su artículo 107.3.

Visto que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, conforme al artículo 1 de Decreto 81/2006, de 4 de abril, es el órgano consultivo en materia de contratación pública de la Administración, de los organismos públicos, empresas y fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como de las Universidades Públicas y Entes Locales radicados en su territorio, con competencia para “informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa”, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, dado el interés general de fondo de la consulta y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, esta Alcaldía desea conocer el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre las cuestiones planteadas y, en concreto:

Primero.- *Régimen jurídico aplicable a la relación contractual, posible aplicación de las Normas del Derecho civil en relación a la posible modificación de contrato o la extinción del mismo o de la normativa reguladora de bienes y sus aprovechamientos o normativa de contratos.*

Segundo.- *Posibilidad de revisión o modificación de contrato en relación a mínimos debidamente motivada por razón de intereses económicos municipales, por causas imprevistas consistentes en una situación sobrevenida por el tiempo transcurrido desde la aprobación del expediente de contratación hasta el inicio de la actividad, por los efectos de la crisis económica, que afecta especialmente al sector de la construcción con un grave desequilibrio económico desde la tramitación del expediente de contratación hasta el inicio de la actividad.*

Tercero.- *En caso de conflicto en razón del acuerdo municipal, sea modificación de contrato o resolución, para resolver las controversias surgidas sobre los efectos y extinción ¿deberá acudir a la Jurisdicción Civil, como una manifestación de la mencionada doctrina de los actos separables, artículo 9.3 del TRLCAP? ».*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 26 de junio de 2013, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter 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 que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de la Villa de Zuera (Zaragoza), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del régimen jurídico aplicable a los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local en Aragón y, en concreto, sobre la posibilidad de modificar o resolver un contrato de arrendamiento de parcelas rústicas para instalaciones fijas y aprovechamientos mineros, por causa de la crisis económica.

Cuestión distinta es si, tratándose de un contrato patrimonial, es competencia de esta Junta informar. Es cierto que en nuestro Informe 4/2009, de 15 de abril, esta Junta advirtió de la exclusión con carácter general de los contratos patrimoniales

efectuada por la legislación contractual de 2007, como consecuencia de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo, lo que conlleva que no son de directa aplicación a los contratos patrimoniales las previsiones del actual texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Sin embargo, la competencia de esta Junta lo es sobre cuestiones sometidas a su conocimiento en materia de contratación pública, que debe ser entendida en forma amplia, pues no puede desconocerse que al momento de determinar la competencia de esta Junta en el año 2006, los contratos patrimoniales formaban parte del articulado de la legislación de contratos públicos por la indudable interconexión entre legislación contractual y patrimonial, donde la primera —como norma cabecera de grupo normativo— cumple una evidente función integradora del ordenamiento jurídico administrativo.

El Sr. Alcalde de la Villa de Zuera, es órgano competente y ostenta legitimación para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La regulación de los contratos patrimoniales.

Como ya tuvo ocasión de advertir esta Junta en su Informe 4/2009, de 15 de abril, el entonces artículo 4.1 p) LCSP (hoy con misma numeración en TRLCSP) excluye de su ámbito objetivo de aplicación los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial.

Es decir, se excluye del ámbito de aplicación del TRLCSP a los denominados «*contratos patrimoniales*». Así, en la actualidad, y conforme al artículo 4.1 p) y o) TRLCSP —que es exigencia del Derecho Comunitario, en particular de la Directiva

2004/18 de 31 de marzo (considerando 24) en cuanto considera que los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles o relativos a derechos respecto de dichos bienes, revisten características especiales, debido a las cuales no resulta adecuada aplicar a esos contratos las «*normas de adjudicación*» de la Directiva— por «*contratos patrimoniales*» hay que entender aquellos contratos regulados en la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas. Es decir, se trata de un concepto más amplio, en el que se integran tanto aquellos contratos que tienen como objeto bienes que servían a los fines de las entidades locales, pero que no se destinaban a un uso público, ni a un servicio público, como aquellos otros que tienen por finalidad la adquisición de bienes que resulten necesarios a los fines de las entidades locales, como a título de ejemplo los de interés histórico o artístico.

En consecuencia, los contratos patrimoniales se rigen por la Disposición Adicional segunda del TRLCSP; la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (en adelante LPAP) en los aspectos que la Disposición Final segunda califica de carácter general, o de carácter básico; las demás normas, tanto de la LPAP, como del propio TRLCSP, en lo que pudieran resultar aplicables con carácter supletorio.

Así, aunque tanto la LPAP como la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (en adelante LALA), en su artículo 174 (referente a la adquisición de bienes) establecen que «*la adquisición de bienes a título oneroso exigirá el cumplimiento de las normas sobre contratación*»; en el artículo 184 (referente a la utilización de los bienes patrimoniales) dispone que «*el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales se registrarán por la normativa reguladora de la contratación*», en la medida en que los contratos patrimoniales, con carácter general, han sido excluidos de la aplicación del TRLCSP, estos reenvíos resultan en la práctica carentes de efectividad.

Los contratos patrimoniales en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, ex artículo 5.3, se encontraban en el ámbito objetivo de su

aplicación en cuanto a su preparación y adjudicación; pero ahora deben estar únicamente a lo que disponga la legislación patrimonial, ya que es de aplicación el aforismo jurídico «*lex posterior derogat anterior*».

En este contexto, debe recordarse que el artículo 107 LPAP —norma de directa aplicación— establece que:

«1. Los contratos para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales se adjudicarán por concurso salvo que, por las peculiaridades del bien, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación, proceda la adjudicación directa. Las circunstancias determinantes de la adjudicación directa deberán justificarse suficientemente en el expediente.

2. Las bases del correspondiente concurso o las condiciones de la explotación de los bienes patrimoniales se someterán a previo informe de la Abogacía del Estado o del órgano al que corresponda el asesoramiento jurídico de las entidades públicas vinculadas a la Administración General del Estado.

3. Los contratos y demás negocios jurídicos para la explotación de bienes se formalizarán en la forma prevenida en el artículo 113 de esta Ley y se regirán por las normas de Derecho privado correspondientes a su naturaleza, con las especialidades previstas en esta Ley».

Para precisar, en el artículo 110 LPAP, que los efectos y extinción se regirán por el derecho privado, siendo competente para las cuestiones que se susciten sobre esos extremos, en aplicación de la teoría de los actos separables, la jurisdicción civil.

Será de aplicación, así, la norma patrimonial y no el TRLCSP que, para lo que se refiere a los efectos del contrato —entre los que se incluye la potestad de modificación— remite a la legislación del derecho privado.

III. La modificación de los contratos de objeto patrimonial.

En principio, según las normas de derecho privado, todo contrato patrimonial ha de reunir los requisitos de consentimiento, objeto cierto y causa de la obligación que se establezca, conforme al artículo 1261 y siguientes del Código Civil; y

específicamente respecto de cada tipo de contrato patrimonial, han de cumplirse, además, los requisitos que para el mismo exija la legislación patrimonial y la de régimen local. Y no existe, insistimos, habilitación legal expresa que posibilite una modificación del contrato como potestad administrativa.

La potestad de modificar unilateralmente el objeto de los contratos, conocida como *ius variandi*, constituye sin duda la más importante de las prerrogativas de que gozan las Administraciones públicas en los contratos administrativos, y una de las más claras manifestaciones de las especialidades que presentan los contratos que celebran las Administraciones en relación con los contratos civiles, en los que la regla general es la inmutabilidad del contrato. Ello no justifica, no obstante, la generalización de una prerrogativa que requiere como presupuesto habilitante la concurrencia del interés público, y que ha de ejercitarse con respeto a una serie de límites, materiales y formales, que configuran esta facultad como un verdadera excepción de la regla.

La excepcionalidad de la prerrogativa ha sido confirmada sin quiebra por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que configura la modificación contractual como una facultad reservada para los supuestos legales tasados, y cuya interpretación debe recibir un tratamiento marcadamente restrictivo, ya que, de no ser ello así, se infringiría uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, cual es el recogido por el artículo 1256 del Código Civil, relativo a que el cumplimiento de los contratos no puede quedar al arbitrio de una de las partes.

La excepcionalidad de esta potestad conduce a la conclusión de que no cabe una interpretación que habilite la aplicación de las reglas de modificación del contrato contenidas en el TRLCSP a los contratos patrimoniales, en tanto pueda contrariar las reglas legales expuestas. No existe laguna en esta legislación patrimonial. La previsión legal es clara e indubitada, por lo que no puede pretenderse una aplicación integradora que posibilite la aplicación del régimen de modificación contractual ex las previsiones legales del TRLCSP (artículos 105 a 107).

Sin embargo, la excepcionalidad de la facultad de modificación de los contratos

privados —o con régimen privado, como en este caso— resulta, no obstante, compatible con el recurso a la misma cuando el interés público lo exija. La propia normativa privada no impide una modificación contractual, dado que la misma será posible siempre que así lo acuerden de mutuo acuerdo las partes en aplicación del principio de libertad de pactos, con el límite expresado en el artículo 111 LPAP de que se respete el ordenamiento jurídico y el derecho a una buena administración.

Igualmente, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus* — por todas STS de 27 de junio de 1984 y 19 de abril de 1985— que permite ajustar lo pactado cuando han quedado alteradas sustancialmente las circunstancias iniciales en que se sustentó el contrato (*contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur*).

Para determinar esta última posibilidad de modificación, ligada a la situación de crisis económica, como se sugiere en la petición de Informe, debe recordarse nuestro reciente Informe 18/2012, de 19 de septiembre, sobre la posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos mediante la modificación del precio del mismo, en el que se señalaba:

«La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia del 2 de marzo de 1999, advierte que “no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias. Subsiste igualmente la necesidad de comprobar en el caso concreto si efectivamente la circunstancia que se dice imprevisible no pudo ser prevista razonablemente, pues la empresa contrata a riesgo y ventura y debe suponerse

una mediana diligencia en los cálculos económicos efectuados al acordarse el precio de la retribución. En definitiva ello forma parte de uno de los elementos de juicio de que el empresario dispone para asumir el riesgo que todo negocio comporta". En este sentido, es una constante en la jurisprudencia para aplicar la teoría del riesgo imprevisible, la exigencia de que la ruptura de equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste (vid Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de abril del 2001, dictada por la Sección 7ª de la Sala 3ª en el Recurso núm. 8602/1995 , de 20 de mayo de 1999, Recurso núm. 4547/1993 y de 30 de abril de 1999, Recurso núm. 7196/1992 , ambas de la misma Sala y Sección).

Y es que, como afirma la sentencia de 3 de abril de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el contratista no tiene una especie de seguro a cargo de la Administración que le cubra de todos los riesgos de su actividad, pues la actividad empresarial es por esencia imprevisible, y del mismo modo que la marcha de los acontecimientos puede determinar ganancias para el empresario, esta misma marcha puede hacer que sufra pérdidas y no por ello tales pérdidas ha de compartirlas siempre, y en todo caso, la otra parte contratante —pues el que arriesga su dinero en un negocio asume como premisa que determinadas actividades son de suyo una apuesta en la que se puede ganar o perder —, en este caso la Administración municipal.

En el presente caso, cabe deducir que el riesgo primordial, cuya producción se pretende indemnizar con fundamento en el desequilibrio económico de la concesión, no es otro que el de las plazas para residentes no se encuentran ocupadas en su totalidad, y que, asimismo, las plazas de día tampoco están cubiertas en su totalidad. Ahora bien, ese riesgo no era en modo alguno imprevisible, sino que cabía perfectamente prever que la demanda de unas y otras plazas no estuviera bien calculada por la concesionaria cuando acudió al concurso (la licitación se produce en los primeros meses del año 2011 y el contrato se firma el 11 de abril de dicho año), y ello porque la imprevisibilidad de la que habla el

artículo 278 RBASO y la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en una concesión de servicio público se produce una fuerte caída de la demanda, alude a acontecimientos extraordinarios que hacen que un determinado índice de demanda, que se mantiene hasta un momento concreto, caiga por la aparición de esos acontecimientos que hasta ese momento no se habían producido, lo que aquí no ha sucedido, porque la demanda en este caso no es que caiga, tras un periodo más o menos largo acorde con las previsiones, sino que ya, desde el principio, es notablemente inferior a la prevista. Pero esto no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever en el estudio de mercado sobre las necesidades de residentes en la zona de influencia, sino que, sencillamente, lo que sucede es que la demanda real no se ajusta a la prevista porque las necesidades reales de plazas de residentes no eran las esperadas.

Entre otras circunstancias, la crisis económica mundial que se produce en el año 2008, y que afecta singularmente a España, es seguro que también habrá influido en la disminución de la demanda de usuarios de la residencia de ancianos, pues ha provocado una retracción en la actividad económica. Pero todas estas circunstancias podían ser conocidas por los licitadores, con tal de que su análisis de la situación, y las consiguientes previsiones, se hicieran ajustándose a los datos reales, y no atendiendo a expectativas que no respondían a los hechos, que es lo que aquí ha sucedido”.

Corresponde al órgano de contratación constatar si en el caso concreto concurren, o no, las circunstancias que, por alteración imprevisible de lo pactado, justificarían la posibilidad de reequilibrio de las prestaciones del contrato. Y para ello, junto a la doctrina citada, debe tenerse muy en cuenta los principios inherentes a toda gestión patrimonial, que se recogen en el artículo 8.1 LPAP, precepto básico, que regula los principios relativos a los bienes y derechos patrimoniales:

«La gestión y administración de los bienes y derechos patrimoniales por las Administraciones públicas se ajustarán a los siguientes principios:

- a. Eficiencia y economía en su gestión.*

- b. Eficacia y rentabilidad en la explotación de estos bienes y derechos.*
- c. Publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad en la adquisición, explotación y enajenación de estos bienes.*
- d. Identificación y control a través de inventarios o registros adecuados.*
- e. Colaboración y coordinación entre las diferentes Administraciones públicas, con el fin de optimizar la utilización y el rendimiento de sus bienes».*

De manera que es posible argumentar, sobre la base de los referidos principios del artículo 8 LPAP, junto al citado derecho a una buena administración (111 LPAP), que no existe óbice jurídico para que, a través de principios y reglas propios del derecho privado pueda preverse una modificación del contrato, siempre que no se altere la concreta naturaleza y características del contrato en particular, y se preserven los principios de igualdad y objetividad en la concurrencia del procedimiento de adjudicación.

Interesa a estos efectos tener en cuenta la doctrina fijada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2012, que limita toda posibilidad de modificación a que exista interés público y no se altere el objeto del contrato patrimonial (en ese supuesto una concesión de dominio público):

“... el tráfico jurídico-privado de concesiones demaniales tiene que dejar indemne el interés público implicado, asegurando el cumplimiento del concreto interés que figure en el título concesional; y en el actual caso litigioso no se da ese aseguramiento, al haberse alterado los términos de la concesión, con la ampliación de su ámbito objetivo, y haberse formalizado esa alteración mediante un procedimiento de modificación sustancial de la concesión cuya causa había quedado limitada a la necesidad de incrementar la superficie objeto de ocupación”.

En definitiva, que será posible un restablecimiento del equilibrio financiero del contrato cuando en las vicisitudes de la contratación concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste, dentro de una previsión razonable. Si estas circunstancias no concurren se impone el respeto al principio general *pacta sunt*

servanda, que llevado a sus últimos términos y en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, en el campo estricto del Derecho Administrativo, está influido por los principios de equidad y buena fe, cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios o inéditos concurren en las situaciones (STS de 30 de abril de 2001)

El supuesto objeto de consulta es un negocio jurídico patrimonial por el que se posibilita al contratista la explotación de la actividad minera de extracción de áridos, sometida a autorización administrativa en tanto se trata de recursos clasificados en la sección A) de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (artículo 3.1) por tratarse de recursos de fácil extracción y escaso valor económico, para lo que debe estarse a lo contenido en el Real Decreto 107/1995, de 27 enero, y en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 junio 1998 (Ar. 5712): valor en venta anual inferior a los 600 000 euros, menos de diez obreros, y comercialización en un radio inferior a los 60 km. del municipio. Es decir, que la causa del contrato patrimonial lo es el negocio minero en si mismo, que depende de condiciones externas como es la demanda del mercado de la construcción, en clara contracción por motivos no solo de reducción de construcción inmobiliaria privada, sino también por la restricción de obras públicas de estos últimos años.

De lo expuesto, y con las prevenciones señaladas, esta Junta entiende que la evidente alteración de condiciones jurídicas-económicas iniciales, en un contrato complejo como el descrito, en tanto se engloban en el mismo negocio jurídico prestaciones patrimoniales con régimen de explotación de yacimientos mineros de escaso valor económico —principal causa del negocio celebrado— impiden en el actual contexto económico sobrevenido el cumplimiento del referido contrato en las condiciones pactadas (ligadas a un volumen de negocio mínimo de extracción de áridos) sin que pueda apreciarse falta de diligencia en el contratista. Así, aplicando la lógica de los principios expuestos, teniendo en cuenta el esfuerzo inversor y de financiación exigido, y siendo un contrato sometido al derecho privado, parece razonable acordar una modificación del contrato con fundamento en los criterios expuestos, respetando los elementos esenciales de la licitación

inicial.

III. CONCLUSIONES

I. Los contratos patrimoniales están excluidos de las reglas de adjudicación y ejecución contenidas en el TRLCSP, y los efectos y extinción de los mismos se regulan por el derecho privado. En consecuencia, se residenciará ante la jurisdicción civil cualquier asunto objeto de litigio en estos aspectos.

II. La excepcionalidad de la facultad de modificación de los contratos patrimoniales resulta, no obstante, compatible con el recurso a la misma cuando el interés público lo exija. La normativa privada permite que se pueda modificar los términos del contrato patrimonial si se acuerda de mutuo acuerdo por las partes, en aplicación del principio de libertad de pactos, con el límite expresado en el artículo 111 LPAP de que se respete el ordenamiento jurídico y el derecho a una buena administración.

III. En todo contrato patrimonial se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales «*contractus qui habent tractum succesivum vel dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelligitur*», del que resulta *que* será posible un restablecimiento del equilibrio financiero del contratista cuando en las vicisitudes de la contratación concurren circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten grandemente a éste, dentro de una previsión razonable. Si estas circunstancias no concurren se impone el respeto al principio general «*pacta sunt*

Servando», que llevado a sus últimos términos y en las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, en el campo estricto del Derecho Administrativo, está influido por los principios de equidad y buena fe, cuando hechos o eventos trascendentales, extraordinarios o inéditos concurren en las situaciones.

Informe 15/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 26 de junio de 2013.