

Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos mediante la modificación del precio del mismo. La crisis económica como causa de modificación del contrato.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Alfamen (Zaragoza) se dirige, con fecha 8 de agosto de 2012, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«El Ayuntamiento aprobó en diciembre de 2010 un pliego para la adjudicación del contrato de Gestión del Servicio público residencia de Ancianos y Centro día, contrato que suscribió con fecha 11 de abril de 2011. Después de un año de gestión y puesta en marcha el adjudicatario, solicita al no tener suficientes residentes, la rebaja en el canon por ser totalmente inviable la explotación debido a la situación actual de la crisis.

La cláusula 24 del pliego establece que la administración podrá por interés público modificar las características del servicio contratado, las tarifas, el régimen económico, pero no expresa que pueda reducirse el precio de alquiler con motivo de la crisis económica, una reducción que supondría el 80% de precio, a la vista de la nueva regulación de las modificaciones de los contratos, no parece viable.

Por otro lado en la misma cláusula del Pliego se habla de compensar al contratista de manera que mantenga el equilibrio del contrato, cláusula genérica que podría animar al Ayuntamiento a atender lo solicitado por el Adjudicatario, ya puede comprenderse que el Ayuntamiento entiende fácilmente que mantener un edificio preparado para 32 residentes y 30 plazas de centro de día, con una ocupación entre 8 y 10 plazas resultan efectivamente antieconómico.

A pesar de las dificultades jurídicas, antes de resolver el contrato y para paliar provisionalmente el problema de la inviabilidad económico el Ayuntamiento ya

acordó que se prorrogará durante 6 meses el precio reducido del canon, que supone una rebaja del 50%.

Puede en base al mantenimiento del equilibrio del contrato, modificarse el precio en un porcentaje superior al 10%. Puede acordarse otro importe en el precio u otra fórmula para fijarlo sin resolver el contrato.

Es bastante justificación la crisis económica que nos afecta, considerando que ha transcurrido poco mas de un año para un contrato de 10 años con posibles prórrogas».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 19 de septiembre de 2012, 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 Alfamen (Zaragoza), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de la modificación del contrato de gestión de servicios públicos en base al

mantenimiento del equilibrio del contrato, así como de si es posible considerar la crisis económica que nos afecta, en palabras del Sr. Alcalde, como causa de modificación de un contrato.

Dos son las cuestiones generales que motivan el escrito de consulta, si es posible modificar el precio del contrato por un importe superior al 10 por 100 para mantener el equilibrio del mismo —sin que tal modificación se encuentre prevista en los pliegos, ni en el anuncio de licitación—, y si la crisis económica es justificación bastante para modificar el contrato y proceder al restablecimiento económico del mismo.

Es claro que la crisis económica tiene un fuerte impacto en las relaciones entre los contratistas y la Administración. Este impacto ha llevado a muchos contratistas a incumplir con sus obligaciones, principalmente con sus obligaciones pecuniarias, y ha ocasionado una profunda reflexión jurídica en torno a si esta situación que estamos padeciendo, puede ser considerada como un supuesto de fuerza mayor que exoneraría de responsabilidad a la parte incumplidora, incluso se plantea si la crisis económica actual es lo suficientemente grave como para justificar y amparar determinados incumplimientos contractuales. Ninguna de estas cuestiones tiene una respuesta de carácter general. Es necesario, en todo caso, analizar supuesto a supuesto.

El Sr. Alcalde de Alfamen, es órgano competente 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 modificación del contrato por causas no previstas en los pliegos ni en el anuncio de licitación.

El régimen de modificación de los contratos se regula en el texto refundido de la Ley de Contratos del sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 (en adelante TRLCSP), de igual modo que venía contemplado en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (LCSP), a partir de la reforma introducida por la Ley 2/2011 de Economía sostenible (LES).

Los presupuestos y clases de modificación se regulan por una parte en los artículos 105 a 107 TRLCSP y, por otra en el artículo 219 TRLCSP. Las normas específicas aplicables a la modificación del contrato de gestión de servicios públicos se contienen en el artículo 282 TRLCSP. Y el procedimiento se regula en el artículo 108 y 211 TRLCSP.

A la modificación del contrato se ha referido esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en varios informes —entre otros, en el Informe 4/2012, de 1 de febrero, sobre condiciones contractuales que tienen carácter esencial a efectos de la modificación de los contratos, y en el Informe 10/2012, de 11 de abril, sobre modificación de un contrato de gestión de servicios públicos—, en los que tiene sentado que en el TRLCSP, al igual que en la anterior regulación, se distingue entre modificaciones previstas y no previstas en la documentación que rige la licitación; pero a diferencia de aquella, la regulación introducida por la LES, establece como «*numerus clausus*», las circunstancias que deben concurrir para llevar a cabo una modificación no prevista en los pliegos o en el anuncio de licitación y que, en todo caso, no puede suponer una alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación. Y, dentro del concepto de alteración de las condiciones esenciales se contempla expresamente, en el artículo 107.3 TRLCSP, las modificaciones del contrato, no previstas en la documentación que rige la licitación, que igualen o excedan en más o menos el 10 % del precio de adjudicación. Superado tal porcentaje, la ley establece la obligación por parte del órgano de contratación de proceder a la resolución del contrato.

En consecuencia, cualquier modificación del contrato no prevista en la documentación que ordenó y reguló la licitación, y que afecte a las condiciones esenciales del contrato o la licitación, es contraria a nuestro ordenamiento jurídico.

En el mismo sentido, puede citarse la Resolución de 28 de marzo de 2012, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre la interpretación del régimen contenido en el artículo 107 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público sobre las modificaciones de los

contratos (BOE del 10 de abril de 2012). Y es que, cuando concurren circunstancias sobrevenidas que alteran la base del negocio, la regla general es la resolución, por la sencilla razón de que la modificación del contrato no puede comportar una variación esencial. Y, si se producen circunstancias extraordinarias que alteren los supuestos de licitación y adjudicación, se habrá producido una mutación de la voluntad administrativa que requiere una nueva contratación, y una nueva concurrencia pues, casi sin duda, las ofertas, tanto del adjudicatario originario como de los posibles licitadores, pueden ser diferentes.

En el supuesto de la consulta del Sr. Alcalde de Alfamen, el régimen jurídico aplicable a la modificación del contrato viene establecido en la normativa de la LCSP, antes de su modificación por la LES —que entró en vigor el 6 de marzo de 2011—. Sin embargo, y como tiene declarado esta Junta Consultiva (Informes 3/2009; 23/2011 y 27/2011), tal normativa debe ser interpretada en coherencia con la Directiva 2004/18/CE y la jurisprudencia comunitaria (Sentencia TJCE de 29 de abril de 2004 *Succhi di frutta*, entre otras), de manera que las consideraciones vertidas en relación con la normativa vigente en la actualidad son, para el supuesto contemplado, de plena aplicación.

III. Los supuestos de mantenimiento del equilibrio económico en el contrato de gestión de servicios públicos y su aplicación a la crisis económica.

En las concesiones de servicios públicos, como en los restantes contratos administrativos, rige el principio de intangibilidad, o de sujeción de las partes a lo pactado (artículo 209 TRLCSP), y el de riesgo y ventura del contratista (artículo 277 TRLCSP y concordantes). Este último principio, se manifiesta con especial intensidad en la concesión, pues se trata de contratos de larga duración en los que la contraprestación en favor del contratista consiste en la explotación de su propia prestación (el servicio público que gestiona). El riesgo de explotación (o de grado de utilización del servicio), constituye un elemento esencial de la concesión. El Consejo de Estado, en su dictamen de 13 de marzo de 2003 (Expediente 3.344/2002), a propósito del principio de riesgo y ventura, manifiesta que *«el fundamento de este principio es triple: en primer*

lugar, el principio de seguridad jurídica (dictamen del Consejo de Estado número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar, la protección de los intereses de la Hacienda pública».

Existe, sin embargo, en todos los contratos administrativos, una fuerte vinculación entre su objeto contractual y la satisfacción de los intereses públicos que, en ocasiones, determina la mutabilidad del contrato perfeccionado, con la finalidad de evitar que una excesiva rigidez en la aplicación de lo previamente acordado, acabe afectando a la realización de los intereses públicos que se persiguen con la celebración del contrato. Por ello, nuestro ordenamiento otorga una serie de prerrogativas a las Administraciones públicas —como la prerrogativa de modificación unilateral del contrato por motivos interés público— y, al mismo tiempo, como contrapartida del otorgamiento de esas prerrogativas, consagra el principio de remuneración suficiente del contratista que se asegura con el mantenimiento del equilibrio económico financiero.

Todo contrato de gestión de servicios públicos (en este caso concesión), tiene que celebrarse en condiciones de equivalencia en cuanto a las prestaciones, y esa equivalencia se garantiza en su devenir a través del mantenimiento del equilibrio financiero. Como señala el Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de septiembre de 2000, *«el equilibrio económico de la concesión debe entenderse como la búsqueda de una igualdad entre las ventajas concedidas al concesionario y las obligaciones que le son impuestas, compensando así los beneficios probables y las pérdidas previsibles, persiguiendo una honesta equivalencia entre lo concedido y lo exigido al mismo».*

La regulación de los supuestos en que la Administración viene obligada a reestablecer el equilibrio económico del contrato de gestión de servicios públicos, se encuentra recogida en el artículo 282.4 TRLCSP, y son:

«a) Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.

b) Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

c) Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 231 de esta Ley»

El primero de los supuestos, que da lugar a la obligación de reestablecer el equilibrio económico del contrato, se refiere a los casos de modificación del mismo por modificaciones en el servicio impuestas discrecionalmente por la Administración —artículo 277 a) del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón (en adelante RBASO)—, que suponen una mayor onerosidad en la prestación y debe ser objeto de compensación —se trata del ejercicio del «*ius variandi*» por la Administración—. Las condiciones de ejercicio de la potestad de modificación ya las hemos examinado en el párrafo anterior, y no pueden predicarse de la «*crisis económica que nos afecta*», según los propios términos de la consulta formulada por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Alfamen.

El segundo de los supuestos del artículo 282.4 TRLCSP, hace referencia al denominado en la doctrina y jurisprudencia «*factum principis*» o «*hecho del principe*». Según la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado —Informe 7/2003, de 22 de diciembre—, el «*factum principis*» consiste en la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación, debido a medidas administrativas generales que, aunque no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él, haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste. El concepto del «*factum principis*» se encuentra también recogido en numerosos dictámenes del Consejo de Estado, que reproducen la definición del dictamen número 3.725, de 12 de noviembre de 1948, según el cual existe «*factum principis*» cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del «*imperium*» (dictamen del Consejo de Estado, expediente 31/1992). De esta definición, se desprende que el «*factum principis*» ha de ser imputable

a la propia Administración contratante. Se trata de un supuesto claramente excepcional que tampoco concurre en el supuesto de la consulta formulada por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Alfamen, pues no es posible establecer como causa de la «*crisis económica que nos afecta*» —según los propios términos la consulta formulada—, actuaciones de la Administración pública, ni menos del órgano de contratación.

El tercer supuesto del artículo 282.4 TRLCSP, contempla los supuestos de fuerza mayor con expresa remisión al artículo 231 TRLCSP, y, en relación a la situación económica, las sentencias de 14 de junio de 2001, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, y la más reciente de 22 de noviembre de 2011, del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias —referida a un contrato de concesión de obra pública—, han rechazado que la mala situación económica pueda considerarse causa de fuerza mayor a efectos del incumplimiento del contrato. De manera que tampoco es posible encajar, en este supuesto, la crisis económica como fundamento y causa del reestablecimiento del equilibrio económico de la concesión.

IV.- La crisis económica como riesgo imprevisible causa de reestablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Queda por analizar la posibilidad de considerar la crisis económica como un supuesto de riesgo imprevisible que obligue al reestablecimiento del equilibrio económico de la concesión del servicio público.

La primera cuestión que hay que considerar es si el TRLCSP, y la legislación de contratos en general, admite el riesgo imprevisible como causa legitimadora del reestablecimiento económico de la concesión de servicios públicos. Es evidente, como ya hemos visto, que el artículo 282.4 TRLCSP no menciona, al menos expresamente, el riesgo imprevisible como causa de reestablecimiento del equilibrio económico del contrato. Además, es posible interpretar que dicho precepto pretende establecer un «*numerus clausus*» de supuestos de reequilibrio económico.

Es también posible, sin embargo, interpretar que en el número 2 del artículo 282 TRLCSP, se contiene una regulación del principio general de mantenimiento del equilibrio económico, en la que necesariamente deben entenderse incluidos los supuestos de riesgo imprevisible (doctrina de la imprevisión). En cualquier caso, en la legislación del régimen local español, se contempla como causa de reestablecimiento económico de la concesión de servicios públicos —artículo 127.2.2º b) del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales— cuando, aun sin mediar modificación en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión.

En el mismo sentido, y en la regulación del régimen local aragonés, el artículo 278 RBASO, al regular los deberes de la entidad concedente, obliga a la entidad local, titular del servicio objeto de concesión, a *«mantener el equilibrio financiero de la concesión, a cuyo efecto tendrá que compensar económicamente al concesionario, por razón de las modificaciones que le ordenare introducir en el servicio que incrementen los costes o disminuyan la retribución, y tendrá que revisar las tarifas y subvenciones cuando, aunque no hubiera modificaciones en el servicio, circunstancias anormales e imprevisibles sobrevenidas determinaren, en cualquier sentido, la ruptura del equilibrio económico»*.

Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia del de 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 a la licitación (ésta 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.

En consecuencia, no cabe imputar a la crisis económica, que ya existía cuando se tramitó el procedimiento de adjudicación y se celebró el contrato, la causa de la imprevisión que legitimaría el mantenimiento del equilibrio económico del contrato en el sentido exigido por el artículo 278 RBASO.

III. CONCLUSIONES

I. No es posible modificar el precio de un contrato de gestión de servicios públicos, mediante concesión, en un porcentaje superior al 10 por 100, con el fin de mantener el equilibrio económico del contrato, porque tal modificación afecta a una condición esencial del contrato, y porque en los supuestos de modificaciones del contrato, no previstas en la documentación que rige la licitación, que iguallen o excedan en más o en menos de un 10 % del precio de adjudicación, se debe proceder a la resolución del contrato.

II. No es posible, con carácter general, entender que la crisis económica constituye uno de los supuestos que motivan la obligación del reestablecimiento económico de la concesión a que se refiere el artículo 282.4 TRLCSP, por las consideraciones expuestas en el presente informe.

Informe 18/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 19 de septiembre de 2012.