



## **INFORME 2/2014, DE LA JUNTA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE NAVARRA, SOBRE LA POSIBILIDAD DE MODIFICACION DE LOS CONTRATOS DE GESTION DE SERVICIOS**

La Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública, en sesión celebrada el día 26 de mayo de 2014, aprobó por unanimidad, el siguiente informe:

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de marzo de 2014 y 24 de marzo de 2014, se presentan respectivamente, un escrito del Ayuntamiento de Ansoáin y otro del Ayuntamiento de Cascante, donde se formulan una serie de preguntas en relación con las posibles modificaciones de los contratos de asistencia para la gestión de sus instalaciones deportivas municipales.

En ambos casos se plantea la modificación de las condiciones reguladoras de los contratos citados, consistentes en la introducción de nuevas prestaciones en el objeto del contrato, prórrogas no previstas, realización de nuevas inversiones y alteración de los términos económicos del contrato como consecuencia de las mismas, para amortiguar el impacto económico que conlleva la reducción del número de socios de las instalaciones deportivas de ambos municipios.

A todo lo anterior le son de aplicación las siguientes

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.-** De conformidad con lo previsto en el artículo 8 apartado b) del Decreto Foral 236/2007, de 5 de noviembre, por el que se regula la Junta de Contratación Pública y los procedimientos y registros a

su cargo, la solicitud de informe ha sido presentada por órgano no legitimado.

**SEGUNDA.-** Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 208.4.c) de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (en adelante LFCP), la Junta de Contratación Pública es competente para informar sobre cuestiones que atañen a la contratación pública. De su propio tenor literal se desprende que la solicitud de informe debe trascender el caso concreto y buscar la adopción de un criterio general aplicable a otros casos. Por tanto, esta Junta carece de competencia para informar sobre la legalidad de expedientes concretos de contratación y en ningún caso se puede pronunciar sobre cuál deba ser el contenido de la resolución que se adopte en cada supuesto particular planteado.

**TERCERA.-** No obstante todo lo anterior, debido a la repercusión que tienen las cuestiones referentes a la modificación de los contratos sobre el interés general, se procede a su contestación. No así las cuestiones puntuales referentes a la legalidad de expedientes concretos de contratación, que como ya se ha visto trascienden a las competencias de esta Junta.

**CUARTA.-** Como cuestión previa, que no se plantea por los interesados pero que resulta ineludible, hay que referirse a la calificación de los contratos, que en un caso se denomina de asistencia y en otro caso de gestión de servicios. Sin embargo, analizados los datos que se aportan se observa que ambos reúnen las características que definen los contratos de concesión de servicios, a saber, la explotación económica del servicio y consecuentemente, tal como señala el artículo 167.2 LFCP, su ejecución a riesgo y ventura del concesionario.

**QUINTA.-** Sentado lo anterior, dos son las cuestiones principales que debemos abordar: si pueden modificarse los contratos para mantener el equilibrio económico de los mismos –sin que las mencionadas modificaciones estén previstas en los pliegos ni en el anuncio de licitación– y si la crisis económica es justificación suficiente para proceder a dicha modificación.

El artículo 153.b) LFCP recoge el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico del contrato y el artículo 157.2 de la misma, por su parte recoge los supuestos en los que será preciso hacerlo. En definitiva, estos supuestos son además de los contemplados por el propio contrato, por un lado los casos de modificación en el servicio impuestos discrecionalmente por la Administración, ejercicio del "*ius variandi*" que sólo puede ser ejercido dentro de los límites legales, de manera que queden a salvo los principios de concurrencia e igualdad que presiden la contratación pública y por otro lado el conocido como "*factum principis*" que consiste en la alteración indirecta de la prestación contratada debido a medidas administrativas generales que afectan el objeto del contrato, haciéndolo mas oneroso para el contratista.

Dado que el mantenimiento del equilibrio económico limita el alcance el principio general de riesgo y ventura las causas antes señaladas deben ser consideradas como una excepción y por lo tanto ser interpretadas de forma restrictiva.

Desde una perspectiva más general, según previene el artículo 105 LFCP sólo son posibles modificaciones en los contratos cuando existen motivos de interés público, siempre que concurren circunstancias imprevistas. El artículo 157 LFCP no menciona expresamente el riesgo imprevisible como causa de restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

En ambos casos, la justificación de las modificaciones propuestas, como ya se ha visto en los antecedentes de hecho, es evitar en todo o en parte el negativo impacto económico que ha tenido en los resultados de la explotación el número de socios de las instalaciones deportivas, sin que ello esté previsto en las condiciones económicas del contrato. De los datos disponibles se desprende que no concurren ninguno de los supuestos contemplados legalmente (*ius variandi*, *Factum principis*, o la previsión del propio pliego) para proceder a modificar los contratos con el objeto de restablecer el equilibrio económico del contrato por lo que la única posibilidad que cabría en este caso es la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible con fundamento en la crisis económica de los últimos años.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, 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”*.

Así, para aplicar la teoría del riesgo imprevisible, se exige por la jurisprudencia que la ruptura del equilibrio financiero del contrato se deba a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales e imprevisibles (STS de 30 de abril de 2001), de lo contrario quedaría desvirtuada la propia naturaleza de la actividad empresarial.

En los supuestos que nos ocupan, ese riesgo no era en modo alguno imprevisible, lo que sucede es que la demanda real no se ajusta a la prevista, debido o no a la crisis económica, pero esto no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever.

La crisis económica mundial que se produce en el año 2008, es posible que también haya influido pero esta circunstancia, vista la fecha de celebración de los contratos podía ser conocida 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 en atención a expectativas que no respondían a los hechos y en consecuencia no puede ser considerada como riesgo imprevisible para aplicar el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

Las modificaciones propuestas (construcción de nuevas instalaciones, nuevo sistema de reparto de beneficios, cambio en la duración del contrato etc.) pueden considerarse tal como se han planteado, esenciales y por tanto contrarias a nuestro ordenamiento jurídico, puesto que de haberlas conocido el resto de licitadores hubieran podido presentar una oferta sustancialmente diferente. En este sentido se ha pronunciado el TSJUE en su sentencia de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta Spa*. Y ello

además, con independencia del régimen jurídico concreto aplicable a cada caso (LFCP antes o después de la modificación llevada a cabo en el año 2013) puesto que en cualquier caso en el anterior régimen era exigible la concurrencia de circunstancias imprevistas y motivos de interés público además de la prohibición de transformar el objeto del contrato.

## CONCLUSIONES

Visto que la crisis económica no puede en supuestos como los planteados justificar la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible, las modificaciones de un contrato no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares, que sin responder a las causas legalmente previstas en el artículo 157.2 LFCP para restablecer el equilibrio económico del contrato amplíen las prestaciones de manera sustancial respecto de las originarias, vulneran las exigencias del derecho comunitario, y suponen un nuevo contrato que obliga a su licitación y adjudicación mediante los procedimientos previstos por la LFCP. De esta manera, si resulta necesario llevar a cabo tales modificaciones, deberá procederse a la resolución del contrato y a la celebración de otro con las nuevas condiciones, que pudieran ser tenidas en cuenta por todos los posibles licitadores.

Pamplona, 24 de abril de 2014

La Secretaria de la Comisión  
Permanente de la Junta de  
Contratación Pública

Silvia Baines Zugasti

La Vocal de la Comisión  
Permanente de la Junta de  
Contratación Pública

Laura López Crespo

La Presidenta de la Comisión  
Permanente de la Junta de  
Contratación Pública

Marta Echavarren Zozaya

