

Informe 3/2023, de 28 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Cuestiones relacionadas sobre el contexto actual de incremento del precio y el equilibrio económico del contrato de gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros de la Ciudad de Calatayud.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Calatayud se dirige, con fecha 30 de noviembre de 2022, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante oficio en el que formula una consulta relacionada con el contrato de gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Calatayud, del que se reproducen los siguientes párrafos:

El Ayuntamiento de Calatayud tiene adjudicado un contrato de gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros de la Ciudad de Calatayud que inició su vigor el 1 de marzo de 2013 por una duración de diez años con la posibilidad de prorrogarlo hasta seis años más.

En los pliegos de cláusulas administrativas que forman parte del contrato, se establece un pago mensual por parte del Ayuntamiento que se concreta en 72.000 euros anuales actualizados con el IPC correspondiente para hacer frente al posible déficit. Además, se incluye una cláusula en virtud de la cual, el concesionario debe presentar un estudio económico financiero de la gestión del servicio y cualquier otra documentación que verifique el resultado económico obtenido para que, en caso de que el resultado sea deficitario, el Ayuntamiento compense al concesionario con una liquidación complementaria de hasta 15.000 euros máximo.

En el contexto de crisis económica y, en especial, por la subida de los carburantes en este año 2022, la empresa ha solicitado al Ayuntamiento de Calatayud una ayuda económica para cubrir el mayor déficit que están sufriendo en el presente año.

.../...



La empresa adjudicataria ha solicitado una indemnización de los ejercicios de 2020 y 2021 derivada de la fuerte caída de los viajeros causada por la COVID 19 y el posterior cambio de hábitos (menor uso de los autobuses públicos para los desplazamientos) adoptados por, como manifiestan, los potenciales viajeros y de la subida de los carburantes.

En la Resolución de 9 de marzo de 2021, de la Secretaría de Estado de Hacienda, se dictaron las instrucciones relativas al suministro de información por las entidades locales en relación con la prestación del servicio de transporte público, al objeto de servir de fundamento para determinar una posible futura concesión directa de subvenciones a favor de aquellas entidades en las que concurriese la condición de haber prestado dicho servicio en cualquier modalidad. Se solicitó por parte del Excmo. Ayuntamiento de Calatayud.

El Real Decreto 407/2021, de 8 de junio, tenía por objeto regular la concesión de subvenciones directas a las entidades locales que se relacionan en su anexo en concepto de ayuda extraordinaria a la prestación del servicio de transporte público de titularidad de las entidades locales, y que hubieran experimentado una reducción de ingresos como consecuencia de la crisis de la COVID 19, durante el año 2020. En dicho Anexo de Entidades locales beneficiarias e importe de la subvención, figuraba Calatayud por importe de 38.459,52 €.

Tal y como figuraba en el art. 6 del Real Decreto 407/2021, de 8 de junio, “Los importes que perciban las entidades locales que hayan prestado el servicio de transporte público en 2020 en régimen de gestión indirecta deberán emplearse necesariamente para compensar al contratista o a la entidad concesionaria del servicio por el impacto ocasionado por la reducción de ingresos, salvo que esta hubiese sido compensada previamente por esta reducción de ingresos por parte de las entidades locales titulares del servicio de transporte público o salvo que concurra alguna causa por la que no resulte procedente aquella transferencia.”

Por ello se autorizó y dispuso el gasto a favor de la empresa HERMANOS MARTINEZ S.A como adjudicatario del servicio de gestión del transporte colectivo de viajeros la cuantía íntegra de la subvención de 38.549,52 euros, efectuando su pago en agosto de 2021.

Ese año también se atendió al desequilibrio económico de la gestión con el pago de los 15.000 euros previstos en el PCAP.

A continuación, el Sr. Alcalde expone los datos del descenso que se ha producido en los usuarios del servicio desde el año 2019 y explica el impacto que ha tenido el coste de los carburantes, para lo que aporta datos de los costes de explotación correspondientes a los



años 2019, 2020 y 2021, identificando el porcentaje que, sobre dichos importes, representa el coste del carburante.

Finalmente, plantea su consulta en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta lo expuesto en los párrafos precedentes y, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, esta Alcaldía desearía conocer el criterio de la Junta Consultiva sobre las siguientes cuestiones:

*1.- Si en el contexto actual de incremento del precio de los carburantes y de acuerdo a los costes de explotación que presenta el contrato de gestión objeto de la consulta, **podría entenderse que existe un vuelco sustancial en la economía del contrato para el adjudicatario y todo ello puede ser integrante del supuesto de riesgo imprevisible derivado de una crisis sanitaria y posterior crisis económica como consecuencia de la guerra.***

*2.- Si el descenso de usuarios provocado por nuevos hábitos derivados de la pandemia excede del concepto de riesgo y ventura y **podría ser encuadrado dentro del riesgo imprevisible.***

*3.- ¿Qué dimensiones debería tener el impacto de esa subida de precios, en porcentaje u otra referencia similar sobre el conjunto de los costes, y en la disminución de ingresos derivados del descenso de los usuarios, para poder entender **una excesiva onerosidad que se pueda incluir como riesgo imprevisible?***

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 28 de febrero de 2023, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Naturaleza de la cuestión sometida a informe de la Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, conforme al artículo 1 del Decreto 81/2006, 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.

Así, se configura como un órgano consultivo que debe resolver consultas de carácter general en relación a la interpretación y análisis de las normas jurídicas en materia de contratación administrativa. En este sentido, la Junta Consultiva no puede entrar a valorar expedientes de contratación concretos, ni tampoco suplir, por vía de informe la competencia concreta de órganos específicos, principalmente los servicios jurídicos del Ayuntamiento, sin que la facultad que el artículo 6 g) del Decreto 81/2006 atribuye a los Presidentes de las Corporaciones Locales pueda interpretarse en el sentido de sustituir la competencia de sus órganos específicos.

En el presente caso, el Sr. Alcalde de Calatayud somete a informe de esta Junta Consultiva el equilibrio económico del contrato de gestión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros de la ciudad de Calatayud, consultando cuestiones directamente relacionadas con los costes de explotación que presenta el contrato, así como el impacto concreto (en términos porcentuales) que debería tener la subida del precio de los carburantes o los menores ingresos por descenso de usuarios, para poder entender que se produce una situación de riesgo imprevisible.

Sin embargo, no hay impedimento para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del **restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de servicios**, ya que esta sí que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación administrativa que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Por tanto, el informe se elaborará manifestando los criterios de aplicación general desde el punto de vista de la normativa de contratación pública en relación con las cuestiones que se someten a consulta, correspondiendo a los servicios jurídicos de ese Ayuntamiento su interpretación en relación al caso concreto suscitado.

II. Normativa de aplicación.

Es inevitable empezar delimitando la normativa de aplicación al contrato objeto de la consulta, entendiendo que su régimen ordinario de ejecución estará fijado, tanto por el con-



tenido de sus cláusulas -vinculantes para ambas partes-, como por la norma que se encontrara vigente en el momento de su licitación y adjudicación. En este caso, el contrato se formalizó en el año 2013, por lo que la norma aplicable será el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, TRLCSP, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Esta norma, en su artículo 215, impone el principio de riesgo y ventura en relación con la ejecución de los contratos. La práctica de este principio supone, de acuerdo con la doctrina instituida por el Tribunal Supremo, que el contratista debe asumir el riesgo de la existencia de la contingencia consistente en la aparición de un posible daño a sus intereses económicos, y como tal, debe asumir que sus ganancias pueden ser menores cuando no respondan a circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato, es decir, si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si las circunstancias sobrevenidas disminuyen el beneficio calculado o incluso producen pérdidas, éstas serán de cuenta del contratista sin que pueda exigir un incremento del precio o una indemnización. (véase, entre otras, la sentencia 6531/2009, de 27 de octubre)

No obstante, como más adelante veremos, la propia Ley establece que este principio de riesgo y ventura tiene excepciones en su cumplimiento

III. Las medidas extraordinarias en materia de contratación pública para suavizar los efectos de la pandemia del COVID 19 y el incremento de los precios de las materias primas.

Durante los últimos años, tanto la pandemia provocada por el COVID-19, como el incremento de los precios de determinadas materias primas, suministros y otros elementos, incremento originado y agravado por el conflicto bélico en Ucrania, han provocado la alteración de la ejecución y de las condiciones económicas de numerosos contratos públicos. La alteración ha sido de tal magnitud, que las autoridades públicas han contemplado medidas paliativas reconociendo que las circunstancias que se han vivido se han de considerar como imprevisibles, excediendo del riesgo y ventura que, de manera razonable, habría de asumir el contratista en cumplimiento de las prestaciones pactadas.



Así, ante la situación provocada por el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, con el fin de hacer frente a la pandemia provocada por el COVID-19, el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, estableció un régimen excepcional de mantenimiento del equilibrio económico de los contratos de concesiones de obras y de servicios, en caso de que fuera imposible su prestación. Concretamente, el artículo 34.4 del Real Decreto-Ley 8/2020 dispuso que:

“4. En los contratos públicos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley, celebrados por las entidades pertenecientes al Sector Público en el sentido definido en el artículo 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, la situación de hecho creada por el COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán derecho al concesionario al restablecimiento del equilibrio económico del contrato mediante, según proceda en cada caso, la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Dicho reequilibrio en todo caso compensará a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante en el período de duración de la situación de hecho creada por el COVID-19. Solo se procederá a dicha compensación previa solicitud y acreditación fehaciente de la realidad, efectividad e importe por el contratista de dichos gastos.

La aplicación de lo dispuesto en este apartado solo procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad.”



Lo cierto es que dicho precepto –modificado por posteriores normas para aclarar las dudas que se habían planteado sobre el alcance de la consideración de contratos públicos– únicamente dio solución a los problemas vinculados directamente con el estado de alarma sin que, posteriormente, se planteara la situación de los adjudicatarios una vez finalizada la declaración de alarma, que siguieron soportando una realidad económica que parece haber afectado, hasta fechas recientes, al equilibrio económico financiero de sus contratos.

A la situación anterior, se le ha de añadir el fuerte incremento de los precios de determinadas materias primas, que también ha repercutido de una manera importante en la ejecución de muchos contratos, situación que se ha afrontado mediante la aprobación del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y de funcionamiento de la cadena logística, y por el que se transpone la Directiva (UE) 2020/1057, de 15 de julio de 2020, por la que se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, y de medidas excepcionales en materia de revisión de precios en los contratos públicos de obras. Dicha norma se aprobó para adoptar medidas urgentes y de carácter excepcional que han permitido la revisión excepcional de los precios de los contratos en casos muy concretos, de tal manera, que su alcance es bastante limitado, tanto en lo que se refiere a las tipologías contractuales incluidas, como en lo relativo a ciertos aspectos de la regulación.

Así las cosas, se hace preciso analizar si es posible adoptar medidas para restablecer el equilibrio económico de un contrato cuando, una vez perfeccionado, se producen circunstancias que lo alteran de manera importante afectando a la demanda real del servicio y/o a los costes de explotación.

IV. Alternativas y requisitos necesarios para garantizar el equilibrio económico de los contratos.

Es evidente que durante la ejecución de un contrato pueden producirse sucesos o circunstancias que alteren las condiciones establecidas en el momento de su formalización. Sin embargo, uno de los principios generales de la contratación pública es aquel, en vir-



tud del cual, los contratos deben ejecutarse a riesgo y ventura del contratista, como ya se ha expuesto en la segunda consideración de este informe. Básicamente, la aplicación de este principio significa que el empresario, al formalizar el contrato, asume un riesgo debiendo soportar las posibles pérdidas o el hecho de no alcanzar las previsiones económicas que se marcó cuando presentó su oferta. No obstante, este principio ha de ser matizado ya que, cuando el contratista sufre un desequilibrio económico, la normativa contractual articula los medios necesarios para su resarcimiento mediante una serie de figuras excepcionales basadas en la necesidad del restablecimiento del equilibrio económico del contrato: así encontramos la revisión de precios, el ejercicio del *ius variandi*, la fuerza mayor, la teoría del riesgo imprevisible o el *factum principis*,

La revisión de precios tiene como objetivo afrontar la variación de los precios durante la ejecución del contrato. Pero como bien indica el Alcalde de Calatayud en su escrito de consulta, es amplia la jurisprudencia que determina que el sistema de revisión de precios debe venir detallado en el pliego de cláusulas administrativas con las especificaciones que indica la Ley. Por ello, ante la ausencia de revisión de precios en un contrato, hay que plantear qué otras posibilidades, de entre las ya citadas, pudieran ser admisibles para mitigar los efectos de un desequilibrio económico en la ejecución del contrato provocado por el incremento de los costes o por la reducción de los ingresos asociados a la explotación del negocio, como ocurre en el caso del contrato de transporte colectivo urbano de viajeros de Calatayud.

Dadas las causas determinantes del desequilibrio económico descrito, no procede acudir a las figuras del *ius variandi* (potestad de la que goza la Administración para modificar unilateralmente alguna de las cláusulas, prestaciones u obligaciones del contrato) ni del *factum principis* (obligación que tiene la Administración de compensar al contratista cuando, por actuaciones propias, se provoque de manera indirecta un desequilibrio de las prestaciones en perjuicio del contratista), dado que las circunstancias que impactan en los costes del contratista no se deben a una actuación de la Administración.

Tampoco se puede apreciar en el origen del problema ningún rasgo propio de la fuerza mayor contemplada en las normas que regulan la contratación (el artículo 239 de la LCSP enumera los casos de fuerza mayor: incendios causados por la electricidad atmosférica, fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones



volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes o destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público)

Por lo tanto, desde un punto de vista práctico, únicamente se podría aplicar a estos supuestos la teoría de la imprevisión o doctrina del riesgo imprevisible que, si bien no está contemplada expresamente en la LCSP como una de las causas de reequilibrio económico del contrato, su aplicación ha sido admitida de manera reiterada por los juzgados y tribunales, si bien de una manera muy restrictiva. Así, aunque mediante la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible el órgano de contratación podría compensar al contratista como consecuencia de los efectos de sucesos extraordinarios e imprevisibles, con el fin principal de garantizar la continuidad del servicio en las condiciones pactadas inicialmente, su ejercicio se ha de llevar a cabo siempre respetando el esquema de riesgo y ventura de la relación contractual. Precisamente para no desvirtuar dicho esquema, es por lo que la doctrina del riesgo imprevisible ha de ser interpretada de manera muy restrictiva. Prueba de ello son las diversas sentencias del Tribunal Supremo relacionadas con el principio de riesgo y ventura del contratista y su excepción a través de la doctrina del riesgo imprevisible, todas ellas desestimatorias. A modo de ejemplo, la de 6 de mayo de 2006; 16 de junio, 27 de octubre y 10 de noviembre de 2009 y 9 de septiembre de 2020, citadas en el Informe 10/2021, de 29 de noviembre, de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha emitido también en relación sobre la subida de precios de las materias primas en los contratos y su repercusión en la ejecución del contrato.

Si nos atenemos a la doctrina del Consejo de Estado, para que se pueda aplicar la teoría del riesgo imprevisible, además de la aparición de una alteración de las circunstancias, de carácter imprevisible y extraordinaria, es necesario que no sea posible una adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios u otro mecanismo previsto en el contrato, así como una incidencia sobre la economía general del contrato que rebase los límites razonables que todo contrato lleva consigo, comportando una quiebra radical del equilibrio económico-financiero contractual por su excesiva onerosidad, es decir, no basta una mayor onerosidad, sino que es preciso que sea extraordinaria y excesiva.



Llegados a este punto, esta Junta Consultiva no puede pronunciarse sobre la procedencia del reequilibrio económico en ningún supuesto de carácter general, ni establecer reglas específicas que permitan determinar qué circunstancias encajan dentro de los parámetros de la teoría de la imprevisión, máxime por la dificultad que entraña la concreción de lo que es excesivo o intolerable para cada contratista. Mucho menos, establecer límites porcentuales, ni otro tipo de modulación o dimensión del impacto en relación al conjunto de costes o a los ingresos, que se deba tener en cuenta para poder entender que se ha producido una excesiva onerosidad tolerable como riesgo imprevisible.

En este sentido se han pronunciado también otros órganos consultivos autonómicos en materia de contratación administrativa al ser consultados por cuestiones muy similares, entendiéndose que el análisis sobre si concurren las circunstancias para aplicar la teoría del riesgo imprevisible se ha de llevar a cabo de manera individualizada, caso por caso, de forma que sea el órgano de contratación quien pondere el impacto que los acontecimientos imprevisibles han supuesto en la economía del contrato con la finalidad de apreciar si procede o no el reequilibrio de la concesión (o incluso la resolución del contrato), haciendo un examen muy riguroso del supuesto concreto; considerando, por una parte, el riesgo y ventura que teóricamente debe asumir el contratista en la ejecución de la prestación y, por otra, valorando las circunstancias que podrían justificar el derecho al reequilibrio económico del contrato, cuestiones tales como: la oferta presentada por el adjudicatario en el momento de la licitación, el porcentaje de baja que supuso la oferta frente al presupuesto de licitación, la fecha en la que se llevó a cabo la adjudicación, el tiempo que resta para la finalización del contrato de concesión o el periodo de prórroga, el objeto contractual, el tipo de contrato, etc... Ejemplos todos estos que se enumeran sin que tengan carácter exhaustivo.

Así, la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en su Informe 10/2021, de 29 de noviembre de 2021, que analiza una cuestión similar a la que se trata en este informe, dice: “(...) la *aplicación de la imprevisibilidad como causa de exoneración del principio de riesgo y ventura predicable de todo contrato, no puede establecerse con carácter general; como excepción que es, debe estudiarse caso por caso y analizarse con carácter riguroso.*” Por su parte, el informe 5/2022 de la Comisión Permanente de la Junta de Contratación Pública de Navarra sobre el incremento de costes y el riesgo imprevisible en los contratos de concesión, manifiesta: “(...) *Esta circunstancia ha de ser valorada caso por caso, atendiendo a las circunstancias*



propias de cada contrato, que deberán ser adecuadamente probadas en el expediente administrativo, teniendo en consideración el conjunto de la economía del contrato y la necesidad de que su quiebra sea sustancial. El derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato es una excepción a la regla general del riesgo y ventura, por lo que su aplicación debe ser restrictiva (...).

Por tanto, de acuerdo con las consideraciones efectuadas, se formula las siguientes conclusiones:

III. CONCLUSIÓN

1.- No procede que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se pronuncie sobre las cuestiones concretas planteadas por el Alcalde del Ayuntamiento de Calatayud, pero no hay impedimento para un pronunciamiento acerca del restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión de servicios, ya que esta sí que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia contratación administrativa

2.- Uno de los principios generales de la contratación pública es aquel, en virtud del cual, los contratos deben ejecutarse a riesgo y ventura del contratista. No obstante, este principio ha de ser matizado ya que, cuando el contratista sufre un desequilibrio económico, la normativa contractual articula algunas figuras que pretenden restablecer el equilibrio económico del contrato, siempre y cuando concurren las circunstancias previstas en la propia norma.

3.- Esta Junta Consultiva no puede pronunciarse con rotundidad sobre la procedencia del reequilibrio económico en ningún supuesto de carácter general, ni establecer reglas específicas que permitan determinar qué circunstancias encajan dentro de los parámetros de la teoría de la imprevisión. El análisis sobre si concurren las circunstancias para aplicar dicha teoría se ha de llevar a cabo de manera individualizada, caso por caso, de forma que sea el órgano de contratación quien pondere el impacto que los acontecimientos



imprevisibles han supuesto en la economía del contrato con la finalidad de apreciar si procede o no el reequilibrio de la concesión, o incluso la resolución del contrato.

Informe 3/2023, de 28 de febrero de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.