

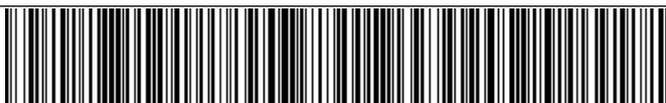
## INFORME 3/ 2023 DE 11 DE JULIO DE LA JUNTA CONSULTIVA CONTRATACIÓN PÚBLICA DE CANARIAS SOBRE LA ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

La Sr. Alcaldesa Presidenta en funciones del Ayuntamiento de Telde se dirige a esta Junta consultiva de contratación solicitando informe sobre la base de los siguientes hechos:

*En ejecución de Sentencia, con fecha 29 de noviembre de 2019, y habiendo transcurrido más de diez (10) años desde el acuerdo de adjudicación, la entidad X y el Excmo. Ayuntamiento de Telde formalizaron el “Contrato de gestión del servicio público de limpieza viaria, playas, recogida de residuos urbanos y otros afines, en el municipio de Telde”, en cumplimiento de un servicio de carácter esencial. Su ejecución se inició el 1 de febrero de 2020. Debido al muy considerable transcurso de plazo entre el acuerdo de adjudicación (2009) y la fecha de inicio de la ejecución del Contrato, la entidad X propuso una actualización del coste modular inicial, que fue reconocida, si bien en menor cantidad de la solicitada por la entidad, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Telde, de fecha 11 de noviembre de 2020 en concepto de restablecimiento del equilibrio económico del Contrato, con aplicación retroactiva al inicio de su ejecución.*

*No obstante, lo anterior, desde que se formalizó el contrato los esfuerzos por parte del Ayuntamiento se han centrado en lograr una actualización económica del mismo con carácter general porque la empresa adjudicataria por sentencia no puede cumplir con el contrato sino se realiza esta operación ya que sería deficitario para ella. En relación con lo anterior, por decreto de la Concejalía de Contratación del Excmo. Ayuntamiento de Telde, de fecha 7 de mayo de 2021 (expte. núm. 16043/2021), se acordó incoar procedimiento para aprobar la procedencia de la actualización económica del Contrato dando seguidamente trámite de audiencia a entidad X. En el referido procedimiento se pretende por una parte llevar a cabo una actualización económica de precios basada en la actuación directa sobre los componentes de los diversos costes que contuviesen los precios afectados por el aumento desmesurado producido por diferentes circunstancias acontecidas en el largo período de tiempo que paso entre la adjudicación del contrato objeto de este informe y su formalización a la que se vio conminado este Ayuntamiento en cumplimiento de los preceptos del fallo de una sentencia judicial firme en derecho. (Primeramente, se valoraron actualizaciones teniendo en cuenta el IPC pero fueron rechazadas por la empresa por ser a todas luces insuficientes). Así mismo se pretende una terminación convencional como forma de finalizar el procedimiento.*

*El documento de valoración económica de la actualización supone más del 50 % de aumento de coste en relación con el contrato inicial. En resumen, la inversión que tenía que realizar la empresa era de 7.356.379,07 euros y aumenta a 12.233.379,07 euros, arrojado una diferencia de inversión de 4.877.132,28 euros, además la misma se pretende aplicar con efectos retroactivos al inicio del contrato, ya que se pretende realizar una vez realizada la formalización del contrato, pues tanto la administración como la adjudicataria eran conocedores de la necesidad de la actualización sin embargo se procedió a formalizar el contrato.*





*Por parte de la intervención se realiza informe antes de realizar la intervención previa en relación con el procedimiento de actualización en el que se solicita aclaraciones, entre otras, en relación con la interpretación de la aplicación de la figura de la actualización y sus requisitos y límites. Asimismo, se recuerda la posibilidad de plantear las cuestiones suscitadas ante el Órgano Consultivo al tratarse de un procedimiento de origen doctrinal que carece de regulación expresa.*

*De conformidad con lo anterior expuesto se realizan las siguientes cuestiones que se someten a informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias.*

*1.- ¿Es viable recurrir al **procedimiento de actualización de precios** de un contrato de gestión de servicio público sin que se cumpla la condición de haberse realizado antes de la formalización del contrato, tratándose de un servicio esencial que no podía dejar de prestarse y a la vista de que el Ayuntamiento estaba obligado a realizar la formalización del contrato para cumplir con la ejecución de una sentencia y así acreditarlo ante el poder judicial? Ambas partes adjudicatario y Administración eran conocedores de la necesidad de actualizar el contrato e incluso la entidad adjudicataria lo solicitó con anterioridad a la firma del contrato.*

*2.-¿Cuáles son los **requisitos procedimentales** y los **límites cuantitativos** de esta figura carente de regulación legal? ¿Qué fórmulas resultarían aplicables?*

*3.-La actualización que se pretende realizar, supone **más de un 50%** del precio original ¿Puede considerarse que **se está modificando sustancialmente el contrato**? Debido a que las posibilidades de alteración de las condiciones del contrato no pueden ser ilimitadas. ¿Se podría estar vulnerando el principio de libre competencia, publicidad y transparencia?*

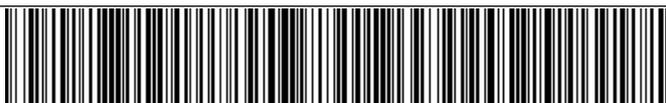
*4.- Finalmente, si se llega a un acuerdo en la actualización por las partes ¿es viable acabar el procedimiento de actualización mediante la terminación convencional como forma de finalizar el procedimiento? Principalmente, con la finalidad de eludir recursos administrativos y demandas judiciales posteriores.*

## CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La alcaldesa del Ayuntamiento de Telde solicita informe a esta Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias sobre cómo actuar, en relación con los precios en un contrato de gestión de servicio público, que, si bien se adjudicó en el año 2009, inició su ejecución en el año 2020 por cumplimiento de sentencia a favor de la entidad recurrente.

Antes de proceder a emitir opinión sobre el asunto de referencia debe precisarse que esta Junta, de acuerdo con lo que prevé el Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, Presupuestos y Asuntos Europeos, aprobado por Decreto 175/2022, de 3 de agosto- tiene el carácter de órgano colegiado consultivo en materia de contratación administrativa y, en el ejercicio de su función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, no puede sustituir ni suplir las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencia.

No obstante, al ser una cuestión que puede revestir un interés general, el informe de esta Junta se pronunciará declarando los criterios de aplicación general en relación con las cuestiones





que se someten a consulta. La interpretación en relación a los casos concretos suscitados corresponde a los servicios jurídicos de ese Municipio.

1.- La cuestión se centra en la posibilidad de actualizar el precio de un contrato cuya adjudicación, efectuada en junio de 2009, quedó sin efecto por acuerdo del órgano de contratación. Tal resolución fue objeto de recurso contencioso y resuelto por sentencia de 17 de octubre de 2014 que declara la nulidad de ese acto, por lo que adquirió en consecuencia validez y eficacia el acto de adjudicación definitiva dictado en junio del 2009.

En cumplimiento de dicha sentencia debe volverse al momento de la adjudicación definitiva, es decir, es preciso retrotraer las actuaciones al momento que determina la sentencia que no es otro que la adjudicación definitiva del contrato.

Este desfase en el tiempo entre la sentencia y el acto impugnado, que implica para la Administración tener que volver a la situación inicial, plantea graves problemas en la práctica dado que hay un cambio importante de las condiciones y circunstancias existentes en cada momento, en el actual y en el año que se produjo la adjudicación definitiva.

Partiendo de la obligatoriedad de la ejecución de las sentencias en todos sus términos, como se recoge en el artículo 103 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y, además, en este caso concreto, la no concurrencia de causas de imposibilidad material para ejecutar la sentencia, debe entenderse la adjudicación definitiva efectuada a la empresa correspondiente, y continuar el procedimiento de adjudicación en los mismos términos que determinaron la adjudicación definitiva que fue anulada y ahora restituida.

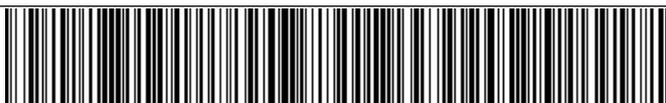
De acuerdo con ello y con la normativa que es de aplicación al expediente- en concreto, la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP2007)- el contrato ya existe desde la adjudicación definitiva, dado que en aplicación de dicha norma los contratos se perfeccionan con la adjudicación definitiva, no con la formalización. Ello implica que desde ese mismo momento existe y obliga como tal, por lo que esa formalización era una consecuencia necesaria, si bien puede ser causa de resolución del contrato su no formalización (artículo 206 d) LCSP 2007).

La ejecución de la sentencia determina por si misma que el contrato ya estaba perfeccionado y con la obligación de su ejecución en los términos exigidos en el procedimiento, por lo que lo procedente era formalizarlo en el plazo establecido en la normativa aplicable.

2.- A continuación, procede analizar la figura de la actualización de los precios en un contrato público.

La actualización de precios es una figura de creación jurisprudencial, concretamente recogida por primera vez en la sentencia del Tribunal Supremo de 15/11/1977, que tiene su causa en la variación de los costes a soportar por el contratista. En principio, dicha variación es anterior a la firma del contrato, lo que la diferencia de la revisión de precios.

En la figura de la actualización de precios, la Administración debe corregir al alza su presupuesto, al existir un contrato económicamente desequilibrado. Implica una relevante diferencia en los costes a soportar por el contratista entre la licitación del contrato y el efectivo inicio de su ejecución (o entre la licitación y la adjudicación, o entre la adjudicación y la formalización, o entre la formalización y el inicio).





Destacar el artículo 130.4 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP) que reconoce al órgano de contratación la posibilidad de la actualización de los precios, previa a la licitación, en los siguientes términos: “ *En aquellos casos en que oscilaciones de los precios imprevistas y ulteriores a la aprobación de los proyectos resten actualidad a los cálculos de precios que figuran en sus presupuestos podrán los órganos de contratación, si la obra merece el calificativo de urgente, proceder a su actualización aplicando un porcentaje lineal de aumento, al objeto de ajustar los expresados precios a los vigentes en el mercado al tiempo de la licitación.*”

Este artículo introduce la posibilidad de que la Administración asuma una “actualización” de los precios inicialmente establecidos en un procedimiento de licitación, en una fase previa a la adjudicación del contrato, de tal modo que el inicio de su ejecución ya se realice conforme a unos parámetros diferenciados de los que se tuvieron en cuenta a la hora de incoar el correspondiente expediente administrativo. De este modo, se diferencia de la revisión de precios en el momento en el que se dispone su aplicación, puesto que en este segundo caso la alteración de los elementos iniciales de la contratación se desarrolla cuando la actuación ya se encuentra en su fase de ejecución.

En el supuesto planteado, dado que el contrato ya se encuentra perfeccionado, no procedería esta actualización de precios, dado que la misma debe tener lugar con anterioridad a la perfección del contrato, en este caso de la adjudicación definitiva.

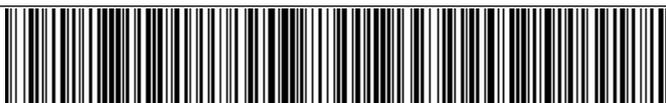
Con la normativa actual de la LCSP, dado que la perfección del contrato es con la formalización y no con la adjudicación (artículo 36 LCSP), podría realizarse con anterioridad a la firma del contrato.

3.- Determinado que el contrato está perfeccionado, es a partir de ese momento cuando surge la cuestión planteada de determinar la posibilidad legal o contractual de adecuar, ajustar o actualizar los precios del contrato aprobados con la adjudicación definitiva o con la formalización del contrato, al momento real en el que se va a comenzar su ejecución.

Esta cuestión, independientemente de la normativa contractual a aplicar, es muy relevante dado que esta alteración de las condiciones del contrato puede ir en contra de principios inspiradores de la contratación pública como son los principios de publicidad y libre concurrencia.

Los contratos son acuerdos jurídicamente vinculantes, pues, como dispone el art. 1091 del Código Civil, las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. Por eso, como principios básicos que rigen las relaciones entre las partes en la ejecución de los contratos se encuentran, por un lado, el del cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*), es decir la inmutabilidad inicial de las obligaciones acordadas. (artículo 193 de la LCSP 2007 “*los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas, y en los mismos términos se establece en la normativa actual de contratación pública, en concreto el artículo 189 LCSP*)

Por otro lado, la regla general de que la ejecución del contrato se realiza a riesgo y ventura del contratista; esto es, que la mayor o menor onerosidad en el cumplimiento del contrato corresponde al contratista, que no puede desligarse de lo pactado (art. 199 LCSP 2007 “*La*





*ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista”, y en los mismos términos se establece en la normativa actual, en el artículo 197 de la LCSP).*

El Tribunal Supremo ha señalado que la contratación administrativa, se caracteriza, por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, que la ley denomina como principio del riesgo y ventura del contratista. Ese elemento que implica que no conseguir las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni puede apartarse del vínculo contractual ni reclamar su modificación.

No obstante, estos principios entran en tensión con otro, también considerado básico en la contratación y es el principio del equilibrio económico-financiero del contrato, que modula o excepciona el riesgo y ventura del contratista.

Junto con el principio de riesgo y ventura, el mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión es otro de los aspectos esenciales del contrato. Así, el concesionario tiene derecho al mantenimiento del equilibrio económico en los términos tenidos en cuenta en el momento de la adjudicación, lo que le otorga una gran seguridad al evitar que tenga que preocuparse de acontecimientos extraños que afecten a la concesión, al margen de su buena gestión.

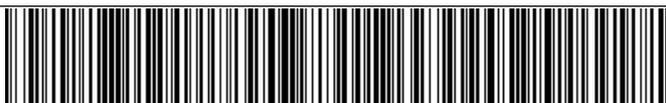
La existencia de un equilibrio entre las prestaciones o intereses recíprocos de las partes es esencial a la idea misma de contrato. El equilibrio económico del contrato se refiere a la situación de equivalencia o proporcionalidad de las prestaciones que las partes consideran justa y adecuada en el momento de su celebración y constituye una parte o elemento sustancial de todos los contratos. Hay que resaltar que en esta idea de equilibrio económico también subyace en la exigencia de que el precio de los contratos, además de cierto, sea adecuado al mercado (art. 102.3 LCSP y artículos 75 y 76 de la LCSP 2007)

El Consejo de Estado, en diferentes dictámenes (1030/2015, de 21 de enero de 2016, 92/2019, de 28 de febrero, y 242/2019, de 11 de abril), señala que el principio de riesgo y ventura se matiza, con el necesario respeto al equilibrio económico financiero del contrato administrativo, de modo que aquel principio decae frente al mantenimiento del equilibrio económico-financiero en determinados supuestos, dado que constituye un principio general del derecho de los contratos públicos.

El Tribunal Supremo también ha destacado que el equilibrio económico constituye un principio sustancial, básico o esencial en materia de contratación, poniendo de manifiesto en repetidas ocasiones que en nuestro ordenamiento se han establecido excepciones, si bien tasadas, a esa aleatoriedad de los contratos administrativos que permiten reequilibrar la ecuación financiera del contrato cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración (*ius variandi* o *factum principis*) o por hechos que se consideran extralimitados y que se pueden reconducir a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.

El restablecimiento del equilibrio económico tanto en la normativa del año 2007 (contrato de gestión de servicio público, en la modalidad de concesión) como en la normativa vigente (contrato de concesión de servicios) tiene una regulación coincidente, con matices, que pasamos a analizar: (artículos 255,257 y 258 LCSP 2007 y artículos 287,289 y 290 de la LCSP) En ambas normas se determina:

- El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo.





- . El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato
- . Las contraprestaciones económicas pactadas serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato.
- . Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:
  - Cuando se modifiquen las características del servicio contratado.
  - Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato
  - Cuando por causas de fuerza mayor (que son tasadas) se produzca la ruptura sustancial de la economía del contrato

En los supuestos descritos anteriormente, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan, señalando posibles medidas que pueden tomarse para ese restablecimiento, pero sin cerrar otras posibilidades.

Las diferencias entre ambas normativas son:

1.- Respecto al supuesto de actuaciones de la administración, la diferente regulación entre una y otra norma consiste en que mientras en el año 2007 se refiere a actuaciones de la administración en general, es decir, pueden ser actuaciones de cualquier tipo de administración. La norma actual sólo se contempla la posibilidad de restablecer el equilibrio económico del contrato por actuación de la administración concedente y que sea obligatorio para el concesionario

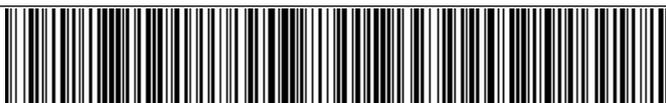
2.- Respecto a la modificación de las características del servicio, en la LCSP se reconoce como causa que habilita el ejercicio del ius variandi, no así la LCSP2007, el riesgo imprevisible

La aplicación de esta normativa al supuesto planteado (un contrato cuya ejecución se inicia en un momento muy posterior al que debió hacerse como consecuencia de la ejecución forzosa de una sentencia judicial; es decir, del resultado del derecho de reclamar a la justicia para el reconocimiento de un derecho no reconocido) destacar:

- No puede alegarse fuerza mayor ya que las mismas no tienen cabida en el supuesto concreto (incendio, fenómenos naturales .. . .)
- Tampoco es consecuencia ese trascurso del tiempo por una actuación de la administración, ni general ni la concedente que sea obligatoria para el contratista.
- Tampoco se precisa modificar las características del contrato, porque el objeto del contrato debe ser el mismo.

En este supuesto, podría tener cabida la denominada cláusula “rebus sic stantibus” (estando así las cosas). Es un principio que pretende un restablecimiento del equilibrio de las prestaciones contractuales, esto es, que una parte no se vea más beneficiada que la otra por mantener las condiciones de un contrato que se pactó antes del hecho imprevisible e inevitable.

Es una construcción teórica razonable desde un punto de vista de equidad, pero sin una regulación normativa positiva, que no está prevista expresamente en la normativa y, sobre





todo, de carácter excepcional y extraordinario. Para su aplicación no es suficiente una diversa onerosidad en el desarrollo de las obligaciones de una de las partes, sino una importante y muy significativa diferencia que alteren las condiciones que se tenían cuando entraron en aplicación las obligaciones a ejecutar y a una de las partes del contrato le resulta absolutamente imposible o gravoso el cumplimiento de la obligación

Junto al origen extraordinario e imprevisible, debe concurrir una verdadera ruptura de la base económica del contrato y con una desmesurada onerosidad para una de las partes que hace peligrar la propia viabilidad del contrato alterando e la relación de equivalencia o equilibrio de las contraprestaciones de las partes en el negocio jurídico, lo que haría por tal desmesura inviable o inoperativo el negocio jurídico.

Debe tenerse en cuenta también la inexistencia de culpa de las partes, y que, por causa sobrevenida o imprevista, las circunstancias han cambiado profundamente, por lo que las condiciones, en este caso los precios, podrían ser objeto de actualización o adaptación a las nuevas circunstancias del momento.

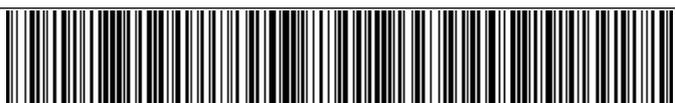
Como se ha dicho anteriormente esta cláusula no está regulada en precepto alguno, sino que es una construcción doctrinal que tradicionalmente, la jurisprudencia ha admitido, con mucha cautela y en ciertos casos, cuando sobrevienen hechos extraordinarios, imprevisibles y capaces de provocar el desequilibrio de las prestaciones básicas del contrato (STS de 30 de junio de 2014, recurso 2250/2012, matiza la doctrina anterior, entendiéndose que se debe abandonar esta tendencia tan restrictiva y dotar a esta figura de "una configuración plenamente normalizada" (en línea con las STS de 17 de enero de 2013, rec. 1579/2010 y STS de 18 de enero de 2013, rec. 1318/2011). Pero si debe destacarse que los Tribunales rechazan la aplicación de la cláusula cuando se ha realizado una alegación abstracta e imprecisa de ella, por lo que deberá siempre quedar debidamente justificada su utilización.

STS de 30 de abril de 1999 *“como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de la ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes que la que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato, o en su caso la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado”*

STS de 26 de diciembre de 1990, establece que para que sea aplicable dicha doctrina como fórmula compensatoria, las circunstancias concurrentes además de imprevisibles ha de haberse producido sin culpa de los contratantes.

En este supuesto de hecho (la tardanza en la resolución del recurso interpuesto por la empresa) puede entenderse que ha colocado al contratista en una situación insostenible, derivada de un acontecimiento imprevisible en el momento de celebrar el contrato y que resulta ajeno por completo a la actuación de la Administración y al propio contratista y que le provoca una excesiva y desproporcionada onerosidad. Por este motivo, será el órgano de contratación quien deberá determinar y justificar dicho acontecimiento y sus consecuencias en el expediente, adaptando las condiciones del contrato a las nuevas circunstancias provocadas por el paso del tiempo, pero no las prestaciones objeto del contrato.

Por ello, la apreciación de la posible aplicación de esta cláusula “rebus sic stantibus” por un riesgo imprevisible acaecido en el transcurso de la ejecución del contrato es competencia del órgano de contratación, a la vista de las circunstancias que se den en cada caso concreto. Así,





deberá determinar la procedencia o no de su aplicación, con el límite de que el contrato mantenga su equilibrio económico y financiero sin que ninguna parte se vea perjudicada o mejorada en esta situación de ajustar los costes al momento real de ejecución del contrato (informe 6/22 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias).

4.- En cuanto a la cuestión relativa el porcentaje de la actualización de los precios, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que ha sido roto por un acontecimiento imprevisible y sin culpa de los contratantes, es preciso poner de manifiesto que este equilibrio del contrato no implica una modificación del mismo, al permanecer inalteradas las condiciones y en concreto el objeto del contrato.

La modificación de los contratos se regula en la ley está sometida a unos requisitos formales y sustantivos, no pudiendo afectar a las condiciones esenciales del contrato y debe tenerse en cuenta que la modificación del contrato se refiere a un cambio en el objeto del mismo.

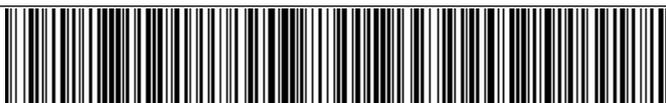
Así la junta consultiva de contratación del Estado en recomendación de 2018 *señala que la “modificación del contrato se refiere al cambio del objeto del mismo, esto es, a la prestación que desarrolla el contratista a favor de la entidad contratante, no al precio”*.

Para ello se basa en el artículo 203.1 LCSP *“Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución, los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207”* y en los mismos términos se pronuncia el artículo 92 bis LCSP 2007

El Tribunal Supremo también se ha pronunciado en este sentido (Sentencia núm. 1.299/2016): *“con las medidas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato no se trata de modificar el contrato sino, como su propio nombre indica, de mantener el mismo en las condiciones económicas en que había sido celebrado. Por tanto, las medidas que se adoptan para restablecer el equilibrio económico, del contrato no pueden calificarse de modificaciones del contrato en sentido técnico, no hay novación propia ni impropia del contrato primitivo, sino, simplemente, la adopción de unas medidas que restablezcan los derechos y obligaciones de las partes al momento de celebración inicial del contrato*

*cuando la Administración adopta medidas de restablecimiento de una concesión no está ejercitando su potestad conocida como ius variandi, no está ejerciendo su facultad de modificar unilateralmente el contrato mediante una novación impropia del mismo sino que está cumpliendo una obligación que le ha sido impuesta legal o jurisprudencialmente, la de mantener el contrato inicial y por ello revisar aquellas cláusulas de contenido económico que sea necesario para que el contrato primitivo pueda seguir desarrollándose con el mismo equilibrio económico existente en el momento de su celebración”*

*los términos en que se celebró el contrato primitivo permanecen inalterados en su esencia; se había producido un desequilibrio en los derechos y obligaciones existentes en el momento de celebración del contrato, pero el mismo ha sido (y, en su caso, continuará siendo) restaurado a través de las medidas de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión”*





A la vista de lo expuesto, al no hallarse técnicamente ante una modificación del contrato en sentido estricto, el límite de dicha actualización vendrá determinado por una equivalencia técnica de los precios del contrato situados al momento que se lleve a cabo ese reequilibrio o actualización, con los límites y principios recogidos e inspiradores en la normativa como son los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia así como la obligación de mantener los precios de mercado con su correspondencia con la oferta admitida, en su momento en el procedimiento de contratación

Esta actuación debe ser realizada por la Administración, es decir, será el órgano de contratación quien debe determinar de forma debidamente justificada en el expediente, cuál es realmente ese coste de más de las mismas prestaciones que determina mantener el equilibrio financiero del contrato, siguiendo criterios de legalidad derivados de datos contrastados y reales, no conjeturas que pueden resultar razonables desde una perspectiva puramente particular.

5.- Respecto a la última cuestión sobre si es posible que el restablecimiento del equilibrio del contrato puede culminarse a través de una formula convencional, es preciso destacar previamente la diferencia entre contratos y convenio, dado que son categorías jurídicas diferentes.

Ambas figuras son actos o negocios jurídicos de carácter bilateral resultado de la unión de la voluntad de las partes, pero con la diferencia esencial de la distinta posición y finalidad de las partes, así como la distinta instrumentación o articulación jurídica del contenido que se aprecia en el convenio y en el contrato. La concepción onerosa de la contratación, que implica una contraprestación o beneficio y/o gravamen recíproco para las partes, no se encuentran en el convenio, en el que se presupone la existencia de intereses entre las partes.

El interés general es la razón básica y central de la contratación pública en la que una de las partes es una administración pública u organismo dependiente de la misma (poder adjudicador), que tiene como causa una finalidad de interés público o general y que se caracteriza por su sometimiento a un régimen jurídico especial regulado en la normativa comunitaria europea y en la legislación interna.

El convenio, por su naturaleza, las partes se encuentran en posición de igualdad y la Administración no ejerce potestad "de imperio" sobre el mismo. No ocurre así en el caso de los contratos, en que la Administración goza de importantes prerrogativas frente al contratista, lo que constituye precisamente su razón de ser y su específico régimen jurídico y cuyo objetivo es asegurar la satisfacción del interés general

El rasgo característico del contrato administrativo radica en la presencia de prerrogativas públicas, y que traen su causa, no del contrato, sino de la ley. Son la expresión de una potestad atribuida "ex lege" para atender los intereses públicos, se trata de asegurar la realización de las prestaciones de los servicios públicos objeto del contrato de que se trate y no dependen del contrato, no nacen con él ni pueden suprimirse como consecuencia del mismo.

En el contrato las partes no están en una misma posición. Hay un interés público que debe ser defendido, por lo que la posibilidad de aplicar la actualización de los precios y restablecer el equilibrio del contrato debe configurarse dentro de las denominadas prerrogativas del órgano de la contratación, que deben ajustarse a la normativa de contratación aplicable en cada momento y con las garantías previstas en la misma.





Entre estas garantías se encuentran los recursos, que son un instrumento de impugnación que sirve para el ciudadano de garantía y control interno del actuar de los poderes públicos. Es un medio de defensa mediante el cual los particulares impugnan una resolución administrativa que consideran contraria a derecho.

En concreto, la actuación del órgano de contratación por la que determinará el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, se recoge expresamente como unas prerrogativas de contratación en favor del interés público (artículo 261.1 c) LCSP y art 232.1 c) LCSP 2007)

Los acuerdos que adopte el órgano de contratación en el ejercicio de esas prerrogativas pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos.

Por ello no es posible una terminación convencional del acuerdo de restablecimiento económico del contrato, debido al interés público o general que preside en toda contratación pública

### CONCLUSIONES

1.- La figura concreta de actualización de los precios procede con anterioridad a la perfección de los contratos.

2.- Una vez perfeccionado el contrato, la actualización de los precios de un contrato a través de la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” y conseguir el restablecimiento del equilibrio económico es competencia del órgano de contratación, quien deberá a la vista de las circunstancias que se den en cada caso concreto, determinar la procedencia o no de su aplicación, con el límite de que el contrato mantenga su equilibrio económico y financiero sin que se vea ninguna parte perjudicada o mejorada en esta situación de ajustar los costes al momento real de ejecución del contrato.

3.- Al no implicar restablecimiento del equilibrio económico del contrato una modificación del mismo, los límites de su aplicación vendrá determinado por una equivalencia técnica de los precios del contrato situados al momento que se lleve a cabo ese reequilibrio o actualización, con los límites y principios recogidos e inspiradores en la normativa como son los principios de publicidad, transparencia y libre concurrencia así como la obligación de mantener los precios de mercado con su correspondencia con la oferta admitida, en su momento en el procedimiento de contratación.

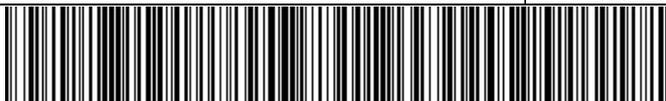
4.- No es posible una terminación convencional debido al interés público o general que preside la contratación pública

En Canarias, fechado y firmado digitalmente el presente documento por:

LA SECRETARIA DE LA JCCPC

M<sup>a</sup> Teresa Peiró García -Machiñena

Página 10 de 10

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:	
MARIA TERESA PEIRO GARCIA-MACHIÑENA - JEFE/A DE SERVICIO JUNTA CONSULTIVA	Fecha: 12/07/2023 - 12:43:05
En la dirección <a href="https://sede.gobiernodecanarias.org/sede/verifica_doc?codigo_nde=">https://sede.gobiernodecanarias.org/sede/verifica_doc?codigo_nde=</a> puede ser comprobada la autenticidad de esta copia, mediante el número de documento electrónico siguiente: 0A8AUVK5NBD_MumGIT9PgMqWMs08t3gS6	 
El presente documento ha sido descargado el 13/07/2023 - 08:06:20	