Asunto : Informe sobre la procedencia de condonación de canon por la gestión de un servicio público municipal al contratista adjudicatario.
Solicitante : **Ilmo. Ayuntamiento de XXXXXXX**
Expte. : 068/2023-JADSC

INFORME JURÍDICO

ANTECEDENTES

- La Alcaldesa-Presidenta del Ilmo. Ayuntamiento de XXXXXXXX remite escrito por el que expone que por dicha corporación se ha procedido recientemente a la realización de una nueva licitación y adjudicación del servicio de un centro municipal asistencial, indicando que el adjudicatario anterior de dicho servicio renunció un año antes de la finalización del contrato a la última prórroga del mismo, solicitud que fue aceptada por el órgano de contratación municipal con el acuerdo de dicho adjudicatario tenía que seguir prestando el servicio, dadas las características especiales del mismo, hasta que éste se adjudicara a un contratista, y que, una vez concluido el procedimiento y firmado el contrato con la nueva adjudicataria, y requerida de pago la anterior contratista por el canon relativo al ejercicio 2022, por ésta se ha instado la condonación del mismo. Al respecto de esto último se indica igualmente por la Alcaldía que por el Ayuntamiento, ante tal situación, aún no ha abonado a la empresa la última factura por el servicio prestado, ya que tendría que seguirse un procedimiento de compensación de deuda. Y es por todo ello que, ante la situación planteada, se solicita de estos Servicios Jurídicos se emita informe jurídico sobre la procedencia o no de dicha condonación del canon.

NORMATIVA APLICABLE

- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RCAP).
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) (Actualmente derogada)

En virtud de ello, se emite el presente

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_conv_dipu_01

INFORME

PRIMERO. El contrato de concesión de servicios viene definido en el artículo 15.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) como: "*... aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la* ***gestión de un servicio*** *cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y* ***cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio***.", disponiéndose explícitamente en el punto 2 de dicho artículo que : *"El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior."*.

La regulación de esta figura contractual está contenida, junto a dicho artículo 15, en los artículos 284 a 297, de la LCSP, sin perjuicio de que el último de estos artículo, el 297, declara aplicable con carácter supletorio, las normas relativas al contrato de concesión de obras en todo lo no previsto en el capítulo mencionado (Capítulo III del Título II Libro II), siempre que sea compatible con la naturaleza del contrato de concesión de servicios.

No obstante, sobre este menester, conviene desde un primer momento tener en consideración que, en el asunto objeto de la consulta, la contratación que se realizó por parte del Ayuntamiento, cuya fecha de aprobación de expediente fué el 31 de octubre de 2017, quedó sometida a la anterior norma en materia contractual, esto es, Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el punto 2º de la Disposición Transitoria primera de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, LCSP (*Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.*): "*2. Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.".* Ahora bien, en cuanto a lo que aquí interesa, procede señalar que la normativa contractual no ha sufrido grandes variaciones de una norma a la otra, por cuanto de lo que se trataría discernir en el presente caso es en resumidas cuentas cuál es el alcance de los principios "*pacta sunt servanda*" y "riesgo y ventura" del contratista, así como de la prerrogativa del "*ius variandi*" que posee la Administración Pública respecto de los contratos públicos que celebre, en lo que se refiere al caso concreto que se nos plantea en la consulta.

Dicho lo anterior, señalar que, como nota característica del contrato de concesión de servicios, al igual que en el contrato de concesión de obras (como nomenclatura actual de los anteriores contratos de gestión de servicios públicos y de concesión de obra pública), destaca la existencia de una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario. En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo n.º 193/2021, de 15 de febrero, al definir la concesión, contempla

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

dicho riesgo señalando que: *«En efecto, la concesión es un acto administrativo por el que la Administración Pública obtiene la colaboración de un particular, bien para el debido aprovechamiento del dominio público —concesión demanial—, bien para la prestación de un servicio público —concesión de servicios—, sin perjuicio de las concesiones mixtas —de servicio público y demanial—, caracterizándose las concesiones de servicios por ser una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, en las que la Administración, permaneciendo titular del servicio, encomienda su Administración y gestión a un particular que corre con el riesgo económico del mismo, a través de un contrato que tiene la naturaleza de contrato administrativo»*. Asimismo, resulta bastante clarificador lo afirmado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado cuando, en su Informe 12/2010, de 23 de julio, señalaba que: *"...de las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio. De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios"*.

Es por ello que, de partida, una de las premisas que hay que considerar cuando nos encontramos en el ámbito de la contratación de la concesión de servicios (conocida con anterioridad a la LCSP como contrato de gestión de servicios públicos) es que, sin perjuicio de que hayamos de regirnos en este caso por la normativa contractual anterior, lo que caracteriza a los contratos de concesión de servicios es que el contratista asume el riesgo y ventura de la explotación de los servicios percibiendo, como contrapartida, una retribución por el uso del servicio abonada, ya sea por los usuarios, ya por terceros o ya incluso por la propia Administración contratante; pero eso sí, una retribución vinculada estrechamente al propio riesgo operacional y ventura en la explotación del servicio por el contratista, o lo que es lo mismo "*una retribución fijada en función de su utilización*".

En mérito al principio de riesgo y ventura, un empresario que contrata con la Administración (al igual que ocurriría si contratase con otro empresario o con un particular), debe soportar los riesgos e imprevisiones que puedan aparecer en el marco de su actividad. Ninguna empresa tiene garantizados los beneficios al final de cada ejercicio ni al final de cada contrato, por lo que, una vez establecidos en un contrato público unas prestaciones, un plazo de ejecución y un precio, al final de la ejecución de dicho contrato pueden resultar beneficios o pérdidas para el empresario. Así, ante un contrato del sector público, si un empresario hizo una oferta económica en el mismo y, debido a resultar ser la oferta económica más ventajosa, ganó la adjudicación, la consecuencia a la hora de la ejecución del contrato es que debe asumir los precios

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

ofertados y en buena lógica cumplir con las prestaciones contempladas en los pliegos y el contrato, tenga ganancias o pérdidas económicas con ello.

No obstante, ante esta regla general de riesgo y ventura, el ordenamiento jurídico articula una excepción, especialmente en los contratos de gestión de servicios públicos (concesión de servicios) y en el de concesión de obra pública, en los que la continuidad en la prestación del servicio o la obra pública en cuestión exige moderar la rigidez de las consecuencias de la aplicación del principio de riesgo y ventura: se trata del principio del equilibrio económico-financiero del contrato, en virtud del cual, si aparecen circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que determinen, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión, hasta el punto de amenazar la continuidad y buena prestación del servicio, se pueden introducir modificaciones en algunos aspectos del contrato para restablecer el equilibrio del contrato y garantizar así que el contratista pueda seguir gestionando la obra o el servicio público. Sin embargo, hay que tener muy en cuenta que este principio es una excepción, de modo que, según ha dicho el Tribunal Supremo repetidamente, para decidir sobre la procedencia o no de dicho principio, habrá que analizar las cuestiones siguientes:

- Si la ruptura de equilibrio financiero del contrato se debe a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que le afecten de forma grave. Esta imprevisibilidad debe probarse en forma contundente y decisiva.
- Si estas circunstancias son imputables directa o indirectamente a la Administración, por acción u omisión.
- Si dichas circunstancias realmente afectan a la economía del contrato, en el sentido de hacerlo excesivamente oneroso para el contratista.
- Si la alteración es de tal calibre que se está poniendo en riesgo la prestación del servicio público.

Por consiguiente, antes de la adopción cualquier resolución en este sentido por parte de la Administración contratante, se hace necesario realizar por ésta un análisis pormenorizado de las circunstancias que operan en cada caso y verificar si se dan esos postulados que establece el Alto Tribunal, pues para que la Administración considere o pueda considerar que se ha producido una ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato deberá acreditarse fehacientemente que se ha producido alguna circunstancia realmente imprevisible e imputable que hace verdaderamente antieconómico el contrato para el contratista, hasta el punto de que tal circunstancia pudiera poner en riesgo la prestación del servicio en cuestión.

Evidentemente, es del todo punto lógico que no resultaría válido admitir "*per sé*" que el contratista venga a formular o formulase una simple petición o reclamación a la Administración indicando la existencia de unos perjuicios económicos o de que está sufriendo pérdidas respecto de la gestión del servicio público que está prestando y por ello insta de aquella el reequilibrio económico-financiero del contrato sin más, es decir, respondiendo tal solicitud a una mera petición al consistorio para que este cubra tales perjuicios o pérdidas, sobre todo -y fundamentalmente, conforme a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo- sin que ello venga o viniese acompañado de la

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

oportuna y fehaciente acreditación, plasmada como bien pudiera ser a través del respectivo estudio de costes acreditativo de la negativa repercusión en el rendimiento económico obtenido por dicho contratista por efecto de unas circunstancias extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas que afecten al respectivo contrato y que éstas además resulten imputables directa o indirectamente a la Administración contratante, fundamentando la incidencia y alcance de tales circunstancias y la causa-efecto provocada. La Administración no puede verse abocada a una revisión de determinadas obligaciones del contratista para con aquella por el simple hecho de que éste aduzca sin más ante la misma que ha sufrido perjuicios económicos o pérdidas en la ejecución del contrato si ésto no viene acompañado de la necesaria, adecuada y suficiente acreditación de lo aducido.

SEGUNDO.- Por otro lado, sin perjuicio de lo anterior, tenemos que partir del hecho de que una de las potestades exorbitantes de que dispone la Administración Pública en materia de contratos públicos es la potestad de modificación (o ius variandi). El ius variandi es la potestad o privilegio de que goza la Administración Pública de modificar unilateralmente sin consentimiento del particular contratante, alguna de las cláusulas, prestaciones u obligaciones del contrato. Lógicamente que esa potestad de modificación unilateral o ius variandi le corresponde única y exclusivamente a la Administración Pública. La referida potestad no requiere al igual que el resto de potestades exorbitantes estar expresamente en la letra del contrato ni en el pliego de condiciones, sino que ella subsiste en todo contrato que por su naturaleza se considere contrato administrativo.

La potestad de modificación permite pues a la Administración variar el contenido del contrato por razones de interés público debido a necesidades nuevas o causas imprevistas. La finalidad de esta potestad resulta clara, la Administración, como gestora de los intereses públicos vinculados a la ejecución del contrato administrativo, no puede venir obligada por el pacto celebrado si ello va en perjuicio precisamente del interés público que se pretendía satisfacer con la ejecución del contrato en los términos pactados.

Por tanto, el ius variandi permite a la Administración: modificar el proyecto en lo menester, bien porque haya sido mal elaborado, por dificultades técnicas imprevistas o por resultar más conveniente lo modificado o reformado; suspender temporalmente la ejecución por distintas causas e incluso desistir de su ejecución porque así lo exija el interés público.

Contrario a los contratos privados en que rige el principio de la inmutabilidad y donde, en principio, sólo el mutuo consentimiento de los contratantes puede modificar el contrato; en los contratos administrativos sí es posible que la administración introduzca de manera unilateral cambios en las prestaciones de su contratista, bien sea aumentándolas o disminuyéndolas según sean las exigencias del fin público y del interés general.

La teoría del *Ius variandi* se basa pues en el hecho de que si la Administración modifica el objeto del contrato es lógico que deba compensarse por ello al contratista por todas aquellas consecuencias económicas que la modificación acarree, y así para los contratos de obras, de concesión de obra pública y la concesión de servicios se prevén

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

medidas de restablecimiento del equilibrio económico a través medias como las compensaciones económicas, modificaciones de tarifas, reducción del plazo concesional o la modificación de cualesquiera cláusulas de contenido económico del contrato.

Respecto del contenido y alcance de la potestad modificatoria de la Administración el Consejo de Estado, en el Dictamen 1.531/2003, de 24 de julio, vino a señalar que: "*La modificación contractual es una prerrogativa de la Administración, cuya naturaleza singular y privilegiada, como se expuso en el Dictamen del Consejo de Estado número 42.179, de 17 de mayo de 1979, exige que se produzca dentro de los límites que establece la Ley. Uno de estos límites resulta de la necesidad de que la modificación contractual esté respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado (Dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986 y 55.586, de 10 de enero de 1991). Un segundo límite, aplicable en este supuesto en que la modificación no resulta de las exigencias propias del servicio, deriva de la exigencia de que concurran necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas (artículo 101 de la LCAP, cuya aplicación no se excluye en el artículo 155.5 de la misma Ley). El fundamento de este segundo límite radica en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación, ya que un uso indiscriminado del ius variandi, concluía el Consejo de Estado en su dictamen número 47.126, de 5 de diciembre de 1984, «podría entrañar un claro fraude de ley, en cuanto cerraría el acceso de otros posibles contratistas». La concurrencia tanto del interés público que legitime la modificación contractual como de las necesidades nuevas o causas imprevistas a que se refiere el citado artículo 101 de la LCAP, debe quedar justificada en el expediente, conforme a este precepto".*

En el Dictamen 457/2014, de 25 de septiembre, del Consejo Consultivo de Castilla León, al respecto de la necesidad de que la Administración se vea abocada a utilizar esa potestad, vino a reseñar que: *La referida Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 señala que "La doctrina científica ha defendido, entre los privilegios de la Administración contratante, la potestad de modificar el contrato -ius variandi-, cuando así lo exija el interés público, cuyas exigencias, al servicio de la comunidad, no pueden quedar constreñidas por las cláusulas del contrato. De esta forma, un error inicial de la Administración contratante posteriormente detectado, o un cambio de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de contratar, o la adopción de medidas generales que, aunque no varíen directamente el objeto del contrato, inciden sobre él, permiten la posterior modificación del contrato para adaptarlo a las nuevas exigencias. En el mismo sentido se expresa el Consejo de Estado. El Alto Órgano Consultivo en sus dictámenes, (...) pone de relieve que en la opción entre el mantenimiento del contrato y su resolución debe atenderse al interés público en juego, dando preferencia a la pervivencia de la relación contractual por las consecuencias perniciosas -costes de nueva contratación, retraso en la prestación del servicio, etc.- que la Resolución conlleva. La jurisprudencia de esta Sala en Sentencias reiteradas (sentencias de 17 de noviembre de 1978, 2 de julio de 1979, 9 de abril de 1985, 13 de julio de 1992, 29 de junio de 1995 y 12 de julio de 1995) ha reconocido el ius variandi. Se dice en ellas que 'constituye un poder para adaptar los contratos a las necesidades públicas', que 'el interés general es el que debe prevalecer en todo caso',*

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

que 'la prevalencia del fin sobre el objeto... es la que justifica la habilitación a la Administración con una potestad de promover adaptaciones del objeto pactado para así conseguir tal fin".

En lo que respecta a la teoría del "*factum principis*" (hecho del príncipe, según la doctrina francesa) a que se refiere la parte interesada, señalar que se trataría del supuesto en el que el contratista de la Administración puede también resultar perjudicado en sus derechos económicos no sólo por una conducta de la Administración con la que éste contrató y desde el interior del contrato entre las partes, sino también, y al margen del mismo, por causas originadas en la actividad o comportamiento de otras Administraciones Públicas, entendido ello en sentido amplio, por acontecimientos legislativos o reglamentarios o de otra índole, provenientes de esos otros Poderes Públicos, como sería el caso de nuevas leyes aprobadas por el Poder Legislativo tanto estatal como autonómico. En estos supuestos igualmente el contratista tendría derecho a ser indemnizado por las consecuencias que aquellas circunstancias le pudieran producir.

El supuesto de factum principis deviene de medidas adoptadas por la Administración en el ejercicio de sus potestades administrativas generales que modifican el contrato no de forma directa, sino indirecta. En palabras del Tribunal Supremo, *"medidas administrativas adoptadas al margen del contrato pero con repercusión en las obligaciones nacidas de él haciendo más oneroso su cumplimiento"* (Sentencia de 20 de noviembre de 1995).

El Consejo de Estado, en su Dictamen nº 3725, de 12 de noviembre de 1948, entendió que 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 (definición que luego ha reiterado en varias ocasiones). Según el Dictamen nº 31/1992, de 13 de febrero de 1992, alude a intervenciones administrativas de tipo general no exclusivamente referibles a un contrato, pero que implican un cambio en las condiciones externas de la ejecución del contrato, y son una fuente de responsabilidad extracontractual liquidable en el seno del contrato.

Como ya se ha indicado, el Tribunal Supremo considera que el supuesto de factum principis se encuentra recogido en el artículo 127.2.2º.a) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de modo que, resultando sobrevenido, imprevisible y afectando a los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación, daría derecho al concesionario a ser compensado. Compensación que tendría el mismo alcance que en los supuestos del ius variandi (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril y 20 diciembre de 1986).

Ahora bien, en otro dictamen del Consejo Consultivo de Castilla León, concretamente el 150/2104, de 8 de mayo, éste vino a señalar que: "*Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso Administrativo de Valladolid), al resolver sobre un desequilibrio económico de la concesión del servicio de abastecimiento de agua potable y saneamiento de la ciudad de XXXXXXXXX, señala en Sentencia de 16 de mayo de 2011 que "la doctrina y la*

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

*jurisprudencia son unánimes en considerar que el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato y aplicada tanto en los supuestos de (1) la llamada doctrina de la imprevisión, o del hecho imprevisible ajeno a la actuación administrativa, como (2) del llamado 'hecho del príncipe' (actuación indirecta secuente a la adopción por cualquier Administración o ente público de medidas administrativas sociales o económicas de carácter general, acordadas al margen del contrato pero con una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso para una de las partes, causando perjuicios concretos para el contratista o el concesionario), como, en fin, (3) del ejercicio del 'ius variandi' (actuación unilateral y directa de la Administración contratante modificando las condiciones u objeto del contrato en perjuicio del contratista o concesionario), ha de relacionarse con el citado principio de 'riesgo y ventura' ya que el equilibrio financie**ro es una fórmula excepcional que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa**" (también la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1991).*".

TERCERO.- Visto lo anterior, y a la luz de lo expuesto, procede seguidamente estudiar y analizar los fundamentos y argumentos aducidos por el contratista interesado, que se detallan en la consulta -y cuya pretensión es que se le compense por la corporación municipal el canon anual por la concesión del servicio público de referencia que el mismo tendría que abonar a ésta por el ejercicio 2022, como forma de restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión en orden a la continuidad en la prestación del servicio a que se ha visto obligado-, estimando, a nuestro juicio, que deben considerarse las siguientes puntualizaciones:

I.- Modificación contractual: *Ius variandi/factum principis*

Conforme al contenido del documento de formalización del contrato de gestión de servicio público denominado "*Residencia Municipal de Tercera Edad y Centro de Estancias diurnas*" del municipio en cuestión, firmado por las partes el 31 de enero de 2018, en cuyo texto se inserta íntegramente el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares regulador del contrato en cuestión, consta la Cláusula Sexta de éste relativa a la "*Duración del Contrato*", que viene a señalar lo siguiente:

> *"La duración del contrato de gestión de servicio público de Residencia de la Tercera Edad y U.E.D. será de 1 año, con un máximo de 5 años incluidas las prórrogas.*
> *Podrán existir hasta 4 prórrogas* ***siempre que sus características permanezcan inalterables durante el periodo de duración de éstas*** *y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los periodos de prórroga.*
> ***La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario****, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.".*

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

En orden a lo previsto en indicada Cláusula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, el órgano de contratación de la corporación (en este caso, el Pleno del Ayuntamiento), con fecha 29 de enero de 2018, adoptó entre otros acuerdo por el que, en su punto primero, adjudicaba, con fecha de efectos de 1 de febrero de 2018, a la empresa en cuestión el contrato de concesión de servicios de referencia, indicando expresamente en el párrafo segundo que:

> *"La adjudicación se regirá por lo dispuesto en el PCAP y PPT que rigen la presente licitación, tendrá* ***una duración de un año a contar desde la formalización*** *contractual* ***(con posibilidad de prórroga anual expresa por igual período y hasta un total incluido período inicial y eventuales prórrogas - de cinco anualidades)****, y con canon concesional a favor de esta Administración municipal por parte de là mercantil adjudicataria por importe de 20.743,80 euros/año (más IVA).".*

Por otro lado, procede también referirnos a lo previsto en el artículo 282.3 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (norma derogada, pero que resulta de aplicación al contrato de referencia), cuyo texto es de idéntica redacción al contenido en el artículo 290.3 de la vigente LCSP, en el cual se determina con meridiana claridad que: "*...3. En el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos*.", lo que nos lleva, como no puede ser de otra forma, a la necesidad de analizar en cada caso si una media adoptada por la corporación municipal respecto de la ejecución de un contrato administrativo del que es parte contratante, pudiera tener trascendencia económica o nó, obviamente en el ánimo de admitir a trámite o nó la posibilidad de resarcir al contratista de los perjuicios que, en su caso, se le pudieran causar.

Y así, dicho lo anterior, y conforme al contenido del acuerdo del Pleno de la corporación municipal de referencia, de 12 de enero de 2022, entendemos que la Administración municipal no ha introducido modificación alguna en el contrato administrativo de referencia, es decir, a nuestro juicio, no ha hecho uso en ningún momento del *ius variandi* que le pudiera corresponder respecto de indicado contrato, habida cuenta que, si bien el consistorio accede sin más al petitum elevado por el contratista en cuanto a la voluntad de éste de no proceder a la prórroga del contrato por un cuarto año, no ha introducido ningún elemento o medida que viniera a romper el sistema prestacional que este venía desarrollando pues lo único que ha exigido a éste, en las mismas condiciones y régimen económico que respecto de tales prestaciones éste venía ejecutando, no es otra cosa que la continuidad del servicio en tanto en cuanto la Administración seleccionaba otro contratista, ello en orden a que, por las características del servicio público gestionado, éste no podía en ningún ser objeto de interrupción dejando de prestarse.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

Tal exigencia no puede calificarse, a nuestro modo de ver, y a la luz de lo previsto en los apartados indicados del Pliego de condiciones, como uso del *ius variandi* -o modificación contractual- *stricto sensu* pues, como así expresamente consta en el mismo, el contratista era sabedor desde un principio que la duración del contrato, en las condiciones pactadas, podría llegar hasta los cinco años, con el régimen económico-financiero de éste asimismo pactado.

De hecho, conforme a los datos facilitados por la corporación consultante, el contratista, durante el periodo en que se ha visto obligado a continuar con la prestación de servicio, ha continuado percibiendo las respectivas tarifas y demás cuantías que por tal concepto le correspondían en los términos en que se detallaba en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, por lo que tal situación no ha supuesto minoración ni detrimento alguno de los rendimientos económicos que a éste le correspondían por la prestación de los respectivos servicios.

Es por ello que con arreglo a la teoría del mantenimiento del reequilibrio económico del contrato por efecto del "*ius variandi*" de la Administración, en el supuesto en que nos encontramos, y de conformidad con la jurisprudencia ya referida en el apartado primero de este informe, entendemos, a nuestro juicio, no se dan los supuestos necesarios y suficientes para que la Administración municipal deba estar compelida a reequilibrar el contrato de servicios de referencia, pues como bien se ha referido, ha de relacionarse con el citado principio de '*riesgo y ventura*' ya que el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa."

Tampoco entendemos sea de recibo que se haya producido una situación de "*factum principis*" en el presente supuesto, tal cual indica el solicitante en su escrito, pues no se conoce se haya registrado ningún hecho o medida de carácter externo (propio o ajeno de la administración contratante) que haya podido influir en el devenir económico del contrato, como pudiera ser un cambio normativo/reglamentario o de condiciones de prestación del servicio no ya acordado por la propia Administración contratante como se reseña sino por otros Poderes públicos que pudieran tener incidencia en el desarrollo y ejecución de las prestaciones que dicho servicio conlleva, con lo cual, como así indicamos, a nuestro juicio, decae por completo cualquier justificación que se base en esta teoría para fundamentar un supuesto derecho a indemnización del contratista prestador, pues como ya hemos tenido ocasión de referir, el servicio en cuestión ni se ha visto alterado en sus condiciones de ejecución ni así tampoco en sus condiciones económicas, percibiendo el contratista las contraprestaciones económicas que por ello estaban previstas en los Pliegos durante todo el periodo en que se ha visto obligado a dar continuidad en el servicio.

Conviene mencionar igualmente, como referente adecuado al asunto que nos atañe, el contenido de la Sentencia del TSJCyL, de fecha 6 de mayo de 2022 (Rec.653/2021), que, en su F.D.4º, vino a manifestarse en los siguientes términos:

pie_firma_corto_dipu_01
Código seguro de verificación (CSV):
Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

"CUARTO.- Nos parece ilustrativo empezar el examen de este motivo del recurso de apelación con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2015, recurso de casación 449/2012 cuyos fundamentos se reiteran en otras sentencias posteriores, como las de fecha 22 de mayo de 2019 (recurso 904/2015) o de fecha 21 de junio de 2019 (recurso 555/2016).

Igualmente merece la pena citar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de enero de 2021, recurso 20/2018, que recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre las cuestiones esencialmente vinculadas al respeto del equilibrio económico del contrato, analizando aspectos como la extensión y alcance del principio de riesgo y ventura, el valor de los actos propios de la Administración, o el derecho a ser indemnizado como consecuencia del ejercicio del ius variandi por parte de la Administración o la concurrencia del principio del factum principis.

El Fundamento de Derecho Sexto de la citada Sentencia de 28 de enero de 2015 dice: <<Entrando ya en el estudio de la cuestión de fondo aquí planteada, esta consiste en determinar si la disminución de tráfico en los tramos de la vía de peaje objeto de la concesión de la recurrente, extremo que no ha sido especialmente cuestionado por la Administración demandada, es un hecho que, por sí solo, impone modificar el contrato administrativo en los términos que la actora reclama y para evitar esa merma de ingresos que dice haber experimentado en relación con los que fueron previstos por dicha demandante cuando le fue adjudicado el contrato.

El estudio de la solución que haya de darse a dicha cuestión exige previamente efectuar las consideraciones que siguen.

La primera es que el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil , y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

imputables a la Administración ("iusvariandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo ***cual significa que no toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.***
Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000 , que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del "ius variandi"; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP , introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de "ius variandi", fuerza mayor, "factum principis" y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011 , que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo , de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.
Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla.>>."

También nos ilustra sobre este menester el Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a la posibilidad de mantener el equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos mediante la modificación del precio del mismo, en el que se señalaba que:

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia 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

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

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 de 2001, dictada por la Sección 7 a de la Sala 3 a en el Recurso núm. 8602/1995, de 20 de mayo de 1.999, Recurso núm. 4547/1993 y de 30 de abril de 1.999, 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 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".
Corresponde al órgano de contratación, constatar si en el caso concreto concurren, o no, las circunstancias que, por alteración imprevisible de lo pactado, justificarían la posibilidad del reequilibrio de las prestaciones del contrato.

Es decir, a nuestro modo de ver, no sólo habría que estar a lo previsto en los artículo 203 y ss LCSP (que en líneas generales se asemejan a los artículos 105 y ss. del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público) sobre los requisitos, condiciones y trámites de las modificaciones contractuales en orden a verificar que estuviéramos ante un posible supuesto en el que cupiera el resarcimiento correspondiente al contratista del servicio, sino que también, muy especialmente, hay que tener en cuenta que en este asunto no todo vale y cualquier detrimento económico que sufra éste en el desarrollo y ejecución del contrato, por nimio que sea, deba ser reparado o compensado por la Administración Pública, como si esta fuera la garante de que el contratista en todo momento va a ver satisfechas sus pretensiones económicas respecto de dicho contrato.

En función de ello, si no se verifica por el contratista de forma fehaciente una alteración económica del contrato en cuestión por efecto de la continuidad en la ejecución contractual a que se ha visto obligado, entendemos no se dan en el supuesto analizado los postulados necesarios para que por la Administración municipal deba resarcirse a éste por la vía de la compensación de canon que el mismo está obligado a abonar el consistorio.

II.- Justificación del desequilibrio padecido.

En cualquier caso, sin perjuicio de lo anterior, esto es, bajo el planteamiento de que si bien partimos del entendimiento a nuestro juicio de que no se han verificado en el

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01

asunto de autos los supuestos en que procedería la compensación o indemnización del contratista por efecto del *ius variandi/factum principis* de la Administración -en orden a que se tratara de factores ya de índole interna ya de carácter externo del contrato-, lo cierto es que, aún en la hipótesis de que pudiera haber existido o planteado dicha situación y la Administración tuviera que actuar en consecuencia, se hace más que patente la obligación por parte del contratista de acreditar fehacientemente cuales han sido por perjuicios padecidos por efecto de esos factores.

Esto es, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo ya expuesta, el daño o perjuicio económico que el contratista hubiera podido sufrir por efecto de esa hipotética modificación contractual -ya interna, ya externa-, debe acreditarse documentalmente por el afectado. Entendemos que una simple solicitud formulada por éste donde se habla de las teorías del *ius variandi* y del *factum principis* y su repercusión en la teoría del riesgo y ventura y de cómo la Administración debe resarcir a los contratistas por los perjuicios económicos que causasen sobre la base del restablecimiento del equilibrio económico-financiero de la concesión, aplicado ello al hecho de la obligación a que se ha visto compelido de continuar durante cierto periodo en la ejecución de la misma, no es título alguno para la exigencia por dicho contratista de una compensación económica a la corporación municipal ni así tampoco fundamento alguno jurídico y económico para formular la compensación que se peticiona, si ello no viniera acompañado del correspondiente estudio económico-financiero donde se constatasen fehacientemente los perjuicios en su caso padecidos con los documentos que igualmente lo acreditasen o avalasen, pues, recordemos, en términos del Alto Tribunal, se exige necesariamente que: *"dichas circunstancias realmente afectan a la economía del contrato, en el sentido de hacerlo excesivamente oneroso para el contratista."*.

A raíz de ello, cabe concluir que, a nuestro juicio, no estamos ante un supuesto donde la corporación municipal deba responder del reequilibrio económico-financiero del contrato de concesión en cuestión y, por ende, acceder a la compensación que se insta de parte, al no darse los requisitos necesarios y suficientes para ello, así cómo que, en cualquier caso, bajo el supuesto de que pudiera admitirse tal posibilidad, siempre sería exigible al contratista la presentación de los estudios, dossieres y documentos que acreditasen los detrimentos o perjuicios económicos padecidos por efecto de las circunstancias que éste imputa a la administración municipal.

Es cuanto tengo que informar, señalando que la opinión jurídica que se recoge en el presente informe se somete a la de cualquiera otra mejor fundada en derecho.

Córdoba, a (*fecha y firma electrónica*).
El Asesor Técnico de A.O., con atribución temporal de funciones en Servicio de Asesoría Jca. Diputación de Córdoba.

Código seguro de verificación (CSV):

Este documento es una copia en papel de un documento electrónico. El original podrá verificarse en www.dipucordoba.es/tramites (Validación de Documentos)
Firmado por Asesor Técnico Área Orgánica XXXXXXXXXXXXXXXXXX el 26-06-2023

pie_firma_corto_dipu_01