

Solicitante: Ayuntamiento de Arico

Consulta 04/2016, relativa a la propuesta de compensación de saldos para los años 2011, 2012, 2013 y 2014, presentada por Aqualia en relación con el contrato de gestión de los servicios de abastecimiento y saneamiento del municipio.

Acuerdo Plenario: 15 de noviembre de 2016

Texto:

Con carácter previo hay que hacer algunas consideraciones sobre el régimen jurídico aplicable al contrato sobre el que se realiza la consulta. Fue adjudicado el 11 de enero de 2011 por lo que, en lo que se refiere a la fase de sujeción, es decir a sus efectos, cumplimiento y extinción, le es de aplicación el contenido de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, (en adelante, LCSP), y no el vigente 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 (en adelante, TRLCSP) dado que el párrafo segundo de su disposición transitoria primera establece que *“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 duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”*.

El principio del mantenimiento económico-financiero se recoge expresamente para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 258.4 de la LCSP:

“4. La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

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

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

Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley”.

La existencia del principio del equilibrio económico-financiero en los contratos viene dando múltiples problemas en el ámbito de la contratación pública pues, si bien, suele calificarse al equilibrio económico como *“concepto jurídico indeterminado”*, cuando nos

encontramos ante un contrato concreto debe haberse reflejado ese equilibrio en términos económicos.

En el estudio económico, que preceptivamente ha de haber elaborado la Administración (artículo 117 de la LCSP y artículo 133 del TRLCSP) y en el que han de aportar los licitadores y que será base de la adjudicación, ha de quedar perfectamente definido el punto de equilibrio entre ingresos y gastos, de manera que el adjudicatario, mediante una *“buena y ordenada administración”*, pueda *“amortizar durante el plazo de la concesión el costo del establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial”* (artículo 129.3 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

El artículo 258 de la Ley 30/2007 y el artículo 182 del TRLCSP señalan expresamente que el equilibrio económico que debe mantenerse es el considerado en el momento de la adjudicación: *“...de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.”* Por lo tanto, al adjudicarse un contrato de gestión de servicios públicos, debe quedar perfectamente establecido el nivel previsto de ingresos y gastos y el margen de beneficio del adjudicatario; y en ese punto se considera equilibrado el contrato. Debería, también, establecerse un margen de fluctuación hacia arriba y hacia abajo, en el que juega el otro principio básico de la contratación administrativa: el *“riesgo y ventura del contratista”* (artículos 199, 253, 7, 236, 225 y 229 de la LCSP). No debe olvidarse que ambos principios juegan simultánea y coordinadamente en los contratos de gestión de servicios públicos, como reitera la jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 24 de abril de 1985:

“...el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio del riesgo y ventura, al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario, a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la “res pública”, en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales...” (STS de 9 de octubre de 1987). *“... hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado “el alea normal del contrato” es decir, la pérdida o beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice el concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa, y los traslada a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio, y, en esta hipótesis, contraria a los intereses públicos y a los principios de justicia eterna...”*

Bien es cierto que uno de los problemas que más dificultades plantea es el de determinar qué es imprevisible, a efectos del equilibrio económico de la concesión. Por ello deben razonar los concesionarios en su petición, y justificar los motivos y circunstancias que

concurrir en el caso y que pondrían en peligro la continuidad del servicio, lo que en definitiva ha alterado el principio del *"equilibrio financiero"* y la economía de la prestación y gestión del servicio.

Para poder apreciar si se ha producido o no ese desequilibrio que reclama el concesionario, deberán analizarse los datos numéricos de la concesión y la causa de que no se estén cumpliendo las previsiones. Primero habrá que comprobar si la previsión de ingresos que no se cumple fue dada por el Ayuntamiento; lo que pudo ser comprobado por los licitadores, ya que la Administración debe siempre exigir a los licitadores una *"diligencia de buen empresario"* y una actuación de *"buena fe"*, por lo que, si pudiendo hacerlo, no verificó los datos que hubiese dado el Ayuntamiento, partió él en su estudio económico de otros datos propios, o conociendo que no eran precisos los datos aportados por el Ayuntamiento, no los corrigió. Esta actuación negligente no puede servir de base para una reclamación económica al Ayuntamiento. El desequilibrio en la economía del contrato ha de haberse producido por circunstancias independientes de la buena gestión del empresario y que éste no hubiera podido prever normalmente (SSTS de 22 de octubre de 1981; de 14 de diciembre de 1989; de 8 de octubre de 1991, de 1 de julio de 1992 y de 6 de octubre de 1992).

Simultáneamente habrán de analizarse detalladamente los gastos del servicio, dado que el equilibrio económico se determina en función de los ingresos y gastos, por ello no debe tenerse en cuenta sólo una merma en los ingresos, sino su correlación con los gastos efectivos en los que incurre el contratista para obtener esos ingresos.

Si finalmente se constata que la disminución en los ingresos no es imputable al contratista, que no hubo una previsión errónea por su parte en la estimación de los mismos, debe determinarse el desequilibrio, descontando, en su caso, los menores costes que haya soportado el concesionario. En este caso, nos encontraríamos ante una ruptura del equilibrio económico por un *"riesgo imprevisible"* lo que supone que entra en juego un principio jurisprudencial básico en materia de mantenimiento del equilibrio económico: el reparto del desequilibrio. El criterio del reparto de cargas o de los mayores beneficios no es discutido por la jurisprudencia (SSTS de 21 de octubre de 1980; 14 de marzo 1985; de 13 de noviembre de 1986; de 18 de diciembre de 2001 y de 16 de septiembre de 2004, entre otras muchas). Reiteran todas estas sentencias que no procede la reparación integral del concesionario, sino la compensación o reparto entre ambas partes.

Así, el artículo 199 de la LCSP (coincidente con el artículo 215 del TRLCSP), dispone:

"La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 214, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado".

El criterio del reparto de cargas o de los mayores beneficios no es discutido ni por la doctrina ni por la jurisprudencia, que reiteradamente ha declarado que no procede la reparación integral del concesionario, sino la compensación o reparto entre ambas partes (STS de 13 de noviembre de 1986).

El problema para articular este reparto del desequilibrio es que ni el Derecho positivo ni la jurisprudencia concretan en qué porcentaje debe hacerse, por lo que debe ser en los pliegos donde se previese esta situación. Si no ha sido así, no quedará más remedio que negociar con la empresa, teniendo como límite que los datos económicos han de garantizar que el servicio siga siendo rentable, pero que la empresa deberá conformarse con un menor beneficio. (Informe de la Diputación de Badajoz sobre *“Reclamación de mantenimiento equilibrio económico de contrato de gestión de servicio público”*).

En cualquier caso, el restablecimiento del equilibrio económico no resulta de causa imputable a la Administración, sino de no haberse alcanzado la rentabilidad mínima prevista en la oferta.

Por lo que la Administración *“deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda”*, cuando por causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Otro de los problemas para restablecer el equilibrio económico del contrato estriba en determinar cuándo se entiende que se produce una *“ruptura sustancial”* de la economía, puesto que si no llega a ser sustancial, el principio de restablecimiento del equilibrio económico no debería entrar en juego por lo que se considerará que deberá asumirlo el contratista como riesgo y ventura.

La prueba de la ruptura corre a cargo de quien la alega y ha de ser independiente de la buena gestión de concesionario o de errores en sus cálculos económicos sobre la evolución de los gastos.

En este sentido, la LCSP no es totalmente clara, lo que provoca inseguridad jurídica.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo delimitó de una forma más específica cuándo se considera que existe una ruptura sustancial de la economía del contrato en las STS de 6 de mayo de 2008 y de 4 de junio de 2008.

En ellas delimitan y aprecian un desequilibrio económico *“suficientemente importante o significativo”* alrededor del porcentaje del 2,5 por 100 del precio del contrato,

basándose en los Dictámenes del Consejo de Estado y a la vista de lo que se disponía en el párrafo 2 del art. 4 del Decreto-Ley de 6 de febrero de 1964.

No obstante la fórmula utilizada por el Tribunal Supremo, *“alrededor del porcentaje del 2,5 por 100”*, también es indeterminada y en el caso de la sentencia de 25 de abril de 2008, desestima el recurso interpuesto al considerar que un porcentaje del 2,57 % y del 3,14 % no produce un desequilibrio económico suficiente para que pueda considerarse que se sobrepasa la responsabilidad establecida por la regla general de riesgo y ventura del concesionario.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo en su Sentencia del 27 de octubre de 2009 aclaró que los índices de referencia utilizados en sentencias anteriores deben utilizarse sólo en *“defecto de mejor criterio”* y siendo analizado conjuntamente con el contexto total de la contratación.

Más recientemente en la Audiencia Nacional también se desestimó un recurso declarando en la Sentencia de 20 de junio de 2014 incluso que un 3,30 % se encontraba también dentro de los márgenes razonables del incremento de precios.

Si bien, algunos de los recursos anteriormente mencionados son desestimados no tanto por los porcentajes, sino porque no quedó acreditada la causa de fuerza mayor.

Por otra parte, cabe preguntarse si las cifras de incremento deberían analizarse sobre el presupuesto inicial, o el adicional si lo hubiere con revisión de precios, sobre el precio total del contrato, o tal vez sobre el beneficio potencial.

En cualquier caso no hay un criterio jurisprudencial uniforme ni tampoco normativo sobre el porcentaje que debe aplicarse para determinar si se ha producido esa *“ruptura sustancial”* del equilibrio económico ni tampoco la base a la que habría que aplicar ese porcentaje.

Por ello las previsiones al respecto de los pliegos de cláusulas administrativas generales de las concesiones son, como Ley del contrato, la única herramienta eficaz para poder precisar el juego y el alcance de este principio, y si los pliegos no abordan esta cuestión con total precisión, habremos de aplicar elementales criterios asentados por la jurisprudencia para tratar de no otorgar a los concesionarios mucho más de lo que realmente les corresponde.

La menor evolución de la población no puede ser imputada al Ayuntamiento, si se equivocó en sus previsiones, el concesionario no puede reclamar el desequilibrio derivado de su error a la Administración (y por ende a los vecinos).

Para evitar un conflicto jurisdiccional, habría que examinar la solicitud del concesionario a la luz de los principios manejados por la jurisprudencia en relación al mantenimiento del equilibrio en estos casos de riesgo imprevisible.

El desequilibrio en la economía del contrato ha de haberse producido por circunstancias independientes de la buena gestión del empresario y que éste no hubiera podido prever normalmente: SSTS de 6 de octubre de 1992 y 11 de noviembre de 1998 y STSJ Madrid 27 de enero de 2005.

Simultáneamente habrán de analizarse detalladamente los demás gastos y la evolución de los ingresos: puede que no se hayan cumplido las expectativas de consumo del agua, o que los costes reales que soporta la empresa sean inferiores a los que previó en su estudio económico. El equilibrio económico se determina en función de los ingresos y gastos; por ello, no debe tenerse en cuenta sólo la disminución de los ingresos, sino el estado real de la balanza de todos los ingresos y gastos del servicio, pues, lo que no puede es hacer una oferta para asegurarse la adjudicación del contrato, y luego, si no le salen los números, pretender modificar el contrato en su beneficio.

Si, finalmente, se constatase que el aumento de gastos que alega la empresa concesionaria es efectivamente extraordinario e imprevisible para ella en el momento de presentar su oferta, debe precisarse el quantum exacto del “desequilibrio” que no ha sido compensado por la revisión ordinaria de precios prevista en el contrato.

A continuación entra en juego un principio jurisprudencial básico en materia de mantenimiento del equilibrio económico: el reparto del desequilibrio entre ambas partes.

Por último, recordar la STS, de 25 de abril de 2008:

“Debe atenderse a la circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo. En el momento actual no hay disposición legal alguna que establezca umbrales fijos para la entrada en juego del principio del riesgo imprevisible como superador del riesgo y ventura como si fijaba el Decreto-ley 2/1964, de 4 de febrero al cifrarlo en el 2,5 % del contrato, supuestos analizados en las sentencias esgrimidas. Y por ello la Sala de instancia tampoco lesionó la jurisprudencia invocada en lo que se refiere al límite cuantitativo del riesgo imprevisible. Considera que las cifras de incremento, 2,57 % en presupuesto inicial, o 3,14 % en el adicional con revisión de precios, se encuentran dentro de los márgenes razonables con relación al beneficio industrial, conclusión que no contradice la jurisprudencia invocada. Es cierto que en tal supuesto el beneficio del contratista es menor

del esperado mas ello encaja en la doctrina del riesgo y ventura sin alterar frontalmente el equilibrio económico financiero que haría entrar en juego la doctrina del riesgo imprevisible.”

CONCLUSIONES

1.- No corresponde a esta Institución el estudio del desequilibrio. Lo determinante en cada caso concreto es analizar si el concesionario a la hora de realizar su estudio económico no incurrió en inexactitud o en falta de previsión, ya que los errores de previsión del concesionario no entran dentro de la cobertura de las causas justificativas del mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

2.- Deben analizarse los datos aportados por el concesionario como estudio económico del servicio y determinar si las causas alegadas por el mismo, como determinantes de la ruptura económica del contrato, constituyen elemento que obligue al Ayuntamiento a su restablecimiento, en el bien entendido de que, tal como se ha expresado anteriormente, la causa habilitante para tal actuación debe estar originada bien por el ius variandi ejercido por el Ayuntamiento, que no es el caso, bien por el factum principis, que parece que tampoco, o por causa imprevisible que no pueda ser achacada o a una mala gestión del adjudicatario o a una falta de previsión del mismo.

3.- En todo caso, deberá tenerse en cuenta el principio de reparto del desequilibrio para el supuesto de que se determine su ruptura por causa que obligue a su restablecimiento.

4.- En consecuencia, si acaecieran las causas que motivan la revisión del contrato para el restablecimiento del equilibrio económico por no haberse alcanzado la tasa de rendimiento prevista en el Plan económico-financiero incluido en la proposición, procedería la revisión en los términos contenidos, asimismo, en el citado Plan.