

COMISIÓN CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE ANDALUCÍA

INFORME 3/2016

I - ANTECEDENTES

El Alcalde del Excelentísimo Ayuntamiento de Almería solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“En octubre de 2008 el Ayuntamiento formalizó contrato administrativo de concesión de obra pública para la construcción y posterior explotación de un aparcamiento público, con una inversión total de 10.970.903,00 euros, distribuido en tres plantas de sótano, 326 plazas de parking de rotación (1º y 2º sótano) y 167 plazas de residentes (3º sótano).

Dicha concesión se constituye por un plazo de 40 años y está gravada con una hipoteca, autorizada por el órgano de contratación en enero de 2010, de conformidad con lo establecido en los artículos 255 y ss. del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), texto legal aplicable al contrato de referencia, de conformidad con la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, hoy refundida en el 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 los años 2011 y 2013, el concesionario solicita restablecimiento del equilibrio económico-financiero por varias causas: retraso en el proceso de adjudicación de plazas de residentes; frustradas expectativas depositadas en instalaciones deportivas y monumentales cercanas al estacionamiento; apertura de un estacionamiento gratuito en las proximidades; dura crisis económica que colapsó la demanda de adquisiciones de plazas de residentes y del uso de rotación, ya que solo se formalizaron 25 plazas de residentes.

Ante dicha petición, se le requirió documentación económica, que es presentada parcialmente, interponiendo el concesionario, en octubre de 2013, recurso contencioso-administrativo, cuya demanda se ha tenido por contestada en el Juzgado en julio de 2015, estando pendiente del trámite de conclusiones. En dicha contestación se ha opuesto causa de inadmisibilidad por desviación procesal, puesto que el Ayuntamiento no ha podido pronunciarse en vía administrativa sobre la pretensión de la demandante del pago de 1.132.310 euros a fin de restablecer el equilibrio económico-financiero, ya que no lo justificó, y, en el fondo, se rechaza la demanda.

Se han emitido informes jurídicos sobre las distintas opciones jurídicas que permitirían dar respuesta a la situación de riesgo que ofrece la ejecución de este contrato, señalándose:

1. Aprobación de mecanismos de apoyo y compensación, conforme a lo establecido en el artículo en el artículo 247 TRLCAP, sujeto a posibilidades presupuestarias. Las aportaciones a la explotación no precisan estar comprendidas, previamente, en los pliegos del contrato, aunque en los pliegos de esta concesión no hay regulación alguna de esta cuestión.
2. La resolución del contrato por mutuo acuerdo, conforme a lo establecido en el apartado 4 del artículo 265, en relación con el artículo 264 d) del TRLCAP.
3. El rescate parcial de la instalación, al amparo de lo establecido en el artículo 264 g) del TRLCAP, ya que pese a que no está formalmente prevista en dicho apartado, tampoco está expresamente prohibida por dicho precepto o por otra cualquiera de nuestro ordenamiento jurídico.

El concesionario presenta documentación económico-financiera que se le requirió en 2013, siendo informada por los servicios técnicos del Área de Hacienda en septiembre de 2015, estableciendo las siguientes conclusiones:

1. La concesión está en suspensión de pagos no declarada formalmente.
2. Que está en una situación irregular ya que sus fondos propios son negativos y debe proceder a una reducción de capital y una aplicación suficiente para cubrir las pérdidas generadas y recuperar la solvencia, operación que debería haberse realizado en el 2013.
3. Que ni considerando la partida préstamos socios, que figura en los balances de la sociedad en el apartado deudas a corto plazo como fondos propios transformándolo en préstamo participativo, la insuficiencia de fondos propios en la UTE se soluciona, ya que la legislación societaria afirma que el pasivo neto debe ser como mínimo el 50% de los fondos propios, circunstancia que consolidando el préstamo socios no se cumple.
4. Los beneficios actuales no cubren los gastos financieros, esta circunstancia a la vista de las proyecciones efectuadas por la empresa seguirá agravándose más si se siguen financiándose las pérdidas mediante préstamos.
5. Que la concesión hoy por hoy es inviable si no se toman medidas correctoras que reduzcan en definitiva las cargas financieras y como consecuencia los gastos financieros de la UTE.

De los antecedentes que obran en expediente no se desprende que el concesionario haya incumplido sus obligaciones contractuales.

Considerando la opción que pueda ser la menos traumática para el interés público, que implique menos coste económico y de riesgo de la desaparición del servicio, se ha contemplado la posibilidad del rescate parcial de las restantes 142 plazas de residentes de la tercera planta, que quedaron vacantes, para que, previa desafectación, proceder a su enajenación, de modo que los ingresos obtenidos se puedan destinar a amortización parcial de la inversión realizada, extremo que ha sido informado ya que por esa Comisión Consultiva de Contratación Pública, en un caso muy similar a éste, en su informe 2/2013, de 3 de octubre (EDD 2013/190011), y teniendo en cuenta la naturaleza y características de esta figura jurídica señaladas por la doctrina, en cuanto a la unilateralidad, discrecionalidad y esencialidad (no depende de la inclusión en el contrato, sino que queda en manos de la Administración concedente).

No obstante, dicha opción ha sido rechazada en el presente caso por el Área respectiva al estimar que no cabe un rescate parcial por no estar permitido por los pliegos de la concesión, y al considerar que supone una modificación sustancial del contrato y superior al 20%.

Por lo expuesto, y en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.2 y 11 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, de la Consejería de Economía y Hacienda de la Junta de Andalucía, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, se solicita informe de esa Comisión Consultiva sobre los siguientes extremos:

- 1) Si procede un rescate parcial de la concesión, concretado en 142 plazas de aparcamiento de la tercera planta, con la finalidad de, previa desafectación, proceder a su enajenación, de modo que los ingresos obtenidos se puedan destinar a la amortización parcial de la inversión realizada.
- 2) En caso de no ser así, si procedería el rescate parcial para otra finalidad, dada su naturaleza y características.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Decreto 93/2005, se acompaña a la solicitud:

Contrato de concesión de obra pública suscrito en octubre de 2008. Pliegos de Cláusulas.

Oferta de la empresa.

Informe sobre la situación económica de la explotación”.

II – INFORME

En relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar

expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación de las normas en materia de contratación pública, no obstante realizaremos algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

Previamente al examen de las cuestiones es necesario determinar la normativa aplicable a este contrato de concesión de obra pública. La disposición transitoria primera del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP) dispone que “1. Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En caso de procedimientos negociados para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.

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 duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior”.

El contrato fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Boletín Oficial del Estado con fecha 5 de enero de 2008, fecha anterior a la entrada en vigor del TRLCSP que tuvo lugar el 16 de diciembre de 2011, siendo, por tanto, de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP).

Según se expone en la consulta, el Ayuntamiento de Almería para dar respuesta a la situación económica y financiera en la que se encuentra la explotación de la concesión de obra pública de un aparcamiento público y a la vista de que el concesionario no ha incumplido sus obligaciones contractuales, considera que la opción que puede ser la menos traumática para el interés público, que implique menos coste económico y de riesgo de desaparición del servicio, es la posibilidad del rescate parcial de las 142 plazas de residentes de la tercera planta, que quedaron vacantes, para que, previa desafectación, proceder a su enajenación, de modo que los ingresos obtenidos se puedan destinar a amortización parcial de la inversión realizada.

Pues bien, el apartado 1 del artículo 220 del TRLCAP disponía que “se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél en cuya virtud la Administración Pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean

necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este Título”.

Y en el apartado 2 establecía que “la construcción y explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario, quien asumirá los riesgos económicos derivados de su ejecución y explotación en los términos y con el alcance establecidos por esta Ley, lo que será en todo caso compatible con los distintos sistemas de financiación de las obras que en ella se regulan y con las aportaciones a que pudiera obligarse la Administración concedente”.

De acuerdo con este artículo, la explotación de la concesión de obra pública supone la asunción por parte del concesionario del riesgo que conlleva dicha explotación, siendo además el principio de riesgo y ventura predicable de cualquier contrato de acuerdo con el artículo 98 del TRLCAP. No obstante, la viabilidad económica de la explotación de una concesión puede quedar afectada por situaciones o escenarios imprevisibles, sin culpa del contratista y sin que las consecuencias de ello se encuentren comprendidas dentro del riesgo que debe asumir el concesionario, pudiendo provocar la ruptura económica de la concesión.

Sobre esta cuestión la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en la Sentencia 2743/2014, de 9 de mayo de 2014, recordaba que “ahora bien, a este respecto se ha de tener en cuenta que, como recuerda la STS de 18 de mayo de 2004, el equilibrio financiero es una fórmula excepcional que debe coordinarse con el principio de riesgo y ventura al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario. Y, como señala la STS de 25 de abril de 2008, debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable el equilibrio contractual”.

Y en la Sentencia 956/2015 de 28 de enero de 2015, señalaba que “el principio de riesgo y ventura se desenvuelve en el alea normal del contrato, pero ha de aplicarse conjuntamente con el principio del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión durante toda la vida de la misma. Y este impone la obligación de la Administración a tal mantenimiento cuando concurren circunstancias no previstas por las partes y razonablemente imprevisibles que determinan la quiebra del equilibrio de la concesión y su propia viabilidad (...).

Que en la contratación administrativa rigen estos dos principios esenciales: el de riesgo y ventura y el de equilibrio económico financiero de la concesión; que el segundo es un factor de modulación del primero para garantizar la continuidad y regularidad en la prestación del servicio público; y que esta modulación opera mediante la distinción entre lo que es el alea normal del contrato (en cuyo ámbito opera el principio de riesgo

y ventura), y lo que son circunstancias que escapan a ese alea ordinario, por ser imposible su previsión normal o razonable, en las que opera el deber administrativo de establecer la ecuación financiera perturbada por dichas circunstancias.

Que el principio de riesgo y ventura impone a la concesionaria soportar los perjuicios derivados a las incidencias del contrato que sean ajenas a la actuación de la Administración (esto es, que no sean reconducibles a estos casos: “ius variandi”; y “factum principis”); y dicho principio también decae en los casos de fuerza mayor o riesgo imprevisible(...).

Seguidamente se dice que la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado ha configurado los siguientes requisitos necesarios para que pueda ser apreciada la concurrencia de riesgo imprevisible:

- (1) Una circunstancia o riesgo imprevista y razonablemente imprevisible en el momento de celebrar el contrato;
- (2) Que las circunstancias sobrevenidas generen la ruptura completa del equilibrio concesional o la alteración sustancial de las condiciones de ejecución del contrato inicialmente pactadas;
- (3) Que la alteración del equilibrio contractual se haya producido con ausencia de culpa de las partes contratantes; y
- (4) Una insuficiencia de los mecanismos previstos en el contrato para la recuperación del mecanismo contractual”.

El TRLCAP preveía el mecanismo del restablecimiento del contrato en el artículo 248 si se producían alguno de los supuestos que se relacionan en el mismo, siendo un derecho del concesionario “al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 248 de esta Ley” (artículo 242 b) TRLCAP).

No obstante, según consta en la consulta, entre las opciones consideradas por el Ayuntamiento de Almería para hacer de nuevo viable la explotación de la concesión de obra del parking público se encuentra el rescate parcial de la concesión.

Según se indica por el propio Ayuntamiento consultante, esta Comisión Consultiva ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto como el presente a través de su Informe 2/2013, de 3 de octubre, sobre restablecimiento del equilibrio económico en contrato de concesión de obras públicas, concluyéndose en el

mismo que "es posible el rescate parcial de la concesión de obras públicas independientemente de la finalidad perseguida que indudablemente debe estar presidida por el interés público".

Sin embargo, reconsiderándose aquel criterio, entendemos que ha de negarse la procedencia en rigor de un rescate parcial en los contratos de concesión de obra pública, puesto que el rescate parcial no estaría contemplado como tal en el artículo 264 g) del TRLCAP, al referirse al rescate como causa de resolución del contrato lo que significaría dar por terminada la concesión, lo cual no ocurre en un supuesto como el presente en el que el contrato continuaría vigente sólo que con otras condiciones.

Por tanto, la solución planteada por el Ayuntamiento de Almería debería calificarse más bien como modificación contractual, de manera que habría que estar al TRLCAP y los requisitos formales y sustantivos establecidos al respecto en el mismo para valorar la viabilidad de acordar una modificación en los términos expuestos.

Todo ello al margen de la posible modificación del contrato por mutuo acuerdo admitida con carácter general por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en sus informes números 48/95, de 21 de diciembre de 1995 y 47/98, de 17 de marzo de 1999. De los mismos cabe deducir que cabría consensuar la modificación, al margen de los supuestos previstos legalmente para el ejercicio unilateral de esta prerrogativa de la Administración, siempre que "deban fijarse límites a las posibilidades de modificación bilateral de los contratos, en el sentido de que, mediante las mismas no puedan ser alteradas las bases y criterios a los que responde la adjudicación de los contratos, mediante el sistema de licitación pública.

Celebrada mediante licitación pública la adjudicación de un contrato, tanto administrativo como privado, dado que su adjudicación se rige por las mismas normas, la solución que presenta la adjudicación para el adjudicatario, en cuanto a precio y demás condiciones, no puede ser alterada sustancialmente por vía de modificación consensuada, ya que ello supone un obstáculo a los principios de libre concurrencia y buena fe que deben presidir la contratación de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que los licitadores distintos del adjudicatario podían haber modificado sus proposiciones si hubieran sido conocedores de la modificación que posteriormente se produce".

(Informe 48/95, de 21 de diciembre de 1995, reproducido en los informes 47/98, de 17 de marzo de 1999, 52/00, de 5 de marzo de 2001, 59/00, de 5 de marzo de 2001, 50/03, de 12 de marzo de 2004, 37/10, de 28 de octubre de 2011).

III – CONCLUSIÓN

La figura del rescate está contemplada sólo como causa de resolución del contrato. En este caso, para hacer de nuevo viable la concesión, procedería el restablecimiento del equilibrio económico del contrato o bien su modificación siempre de acuerdo con lo previsto en la legislación contractual y en el pliego de cláusulas del contrato.