

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

Informe nº 16/2016

20 de julio de 2016

I. ANTECEDENTES

El Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud se dirige con fecha 4 de julio de 2016, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«El Servicio Aragonés de Salud licitó un expediente de contratación de gestión de servicios públicos, modalidad de concierto para la prestación de asistencia sanitaria, siendo la legislación aplicable la Ley 3 0/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El plazo de ejecución se estableció en 4 años con posibilidad de prórroga por igual periodo al anterior (4 años mas).

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) no consideraba en ninguna de sus cláusulas que la prórroga estuviera sujeta a ninguna restricción por parte del adjudicatario, pero en el contrato formalizado con la adjudicataria se indica que este puede prorrogarse por mutuo acuerdo de las partes¹.

Los equipos empleados para la prestación del servicio se aportan y son propiedad del adjudicatario y la Administración no dispone de equipos propios, en cantidad suficiente, para asegurar la prestación del servicio sanitario.

Asimismo la empresa adjudicataria del servicio público estaba obligada a la subrogación legal del personal que viniera realizando la prestación del servicio sanitario.

¹ Se reproduce la fórmula utilizada en el contrato: Podrá prorrogarse, por mutuo acuerdo de las partes antes de su finalización, sin que la duración de las prórrogas, aislada o conjuntamente puedan exceder del plazo de cuatro años.

La intención de esta Administración es la formalización de la correspondiente prórroga, por lo que se ha solicitado la conformidad del adjudicatario. El adjudicatario manifiesta su disponibilidad a la prórroga, siempre y cuando se incremente el precio del contrato, de manera que absorba el incremento de los costes salariales derivados de la modificación del convenio colectivo del sector que entrará en vigor el 1 de enero de 2017.

En los pliegos administrativos se recoge que la cláusula 'de revisión de precios esta indexada al 85% de la evolución del IPC, no a la evolución de los costes salariales del sector económico y se ha aplicado conforme a lo estipulado en los pliegos para la tramitación de las anteriores prórrogas.

En los pliegos utilizados se regula el "Principio de riesgo y ventura y mantenimiento del equilibrio económico financiero" y la posibilidad de modificación del contrato con las siguientes cláusulas:

"2.5.3. Principio de riesgo y ventura y mantenimiento del equilibrio económico.

La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, según lo dispuesto por el artículo 199 de la LCSP.

No obstante, la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, cuando se produzcan los supuestos establecidos en el artículo 258.4 de la LCSP, mediante las medidas que se indican en el artículo 258.5 de dicha ley."

"2.5.7. Modificación del contrato.

El órgano de contratación podrá acordar, una vez perfeccionado el contrato y por razones de interés público, modificaciones en las características del servicio contratado y, en su caso, las tarifas que hayan de ser abonadas por los usuarios, cuando sean consecuencia de causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. Estas modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato. En lo concerniente a su régimen se estará a lo dispuesto en los artículos 194, 195, 202 y 258 de la LCSP."

Vistos los antecedentes anteriormente mencionados se someten a informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, las siguientes cuestiones:

Cuestión Primera: A pesar de aparecer en el contrato -y sólo en este documento – como condición para la prórroga del contrato el mutuo acuerdo de la partes, ¿cabe alegar razones de interés general para considerar el carácter obligatorio de la prórroga para el contratista?, teniendo en cuenta que se trata de un concierto para la prestación de asistencia sanitaria y el carácter obligado de la prórroga para el empresario, según

indica el artículo 23 del Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público (coincidente con el artículo 23 de la ley 30/2007).

Cuestión Segunda: En caso de reconocer el desequilibrio contractual alegado por la empresa y a falta de valorar su importe concreto, ¿cabe prorrogar el contrato incrementando su precio para absorber el incremento de los costes salariales? Y en caso afirmativo, ¿qué fórmula jurídica sería aplicable?

Cuestión Tercera: ¿Existe la posibilidad de continuar la prestación del servicio por la empresa adjudicataria del contrato actual, aun sin contrato administrativo, en tanto se adjudica uno nuevo? Y, en caso afirmativo, ¿podrían modificarse las condiciones en aras de conseguir el reequilibrio financiero del contrato durante el tiempo adicional de prestación, haciendo viable el acuerdo de la empresa para continuar con el servicio? Todo ello a fin de evitar el rescate del servicio por parte de la Administración que tendría lugar si el empresario se niega a continuar con la prestación, toda vez que se trata de un servicio esencial.

De conformidad con el artículo 3.2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (JCCAAr) y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, le corresponde a ese organismo, informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, en el ejercicio de la legitimación activa que el reconoce el artículo 6.d) del citado Reglamento de funcionamiento de la JCCAAr se ruega se emita el informe solicitado».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 20 de julio de 2016, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de

contratos del sector público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación, en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No obstante lo anterior, de la consulta planteada cabe deducir algunas cuestiones de alcance e interés general a cuyo análisis se ceñirá el presente informe.

El Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud (SALUD) es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

II.- Naturaleza y régimen jurídico de los contratos que tienen por objeto la prestación del servicio de transporte en ambulancia .

Como carácter previo al análisis de las cuestiones que plantea la consulta, hay que indicar que el contrato que da lugar a la misma se calificó, de conformidad con las previsiones de la LCSP, como un contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concierto (cláusula 2.1.1 PC AP). Esta calificación no sería acorde con el marco legal vigente ya en el momento de adjudicación del contrato, porque este tipo de prestaciones constituyen el objeto típico de un contrato administrativo de servicios, al amparo de la amplitud de los términos de la definición del contrato de servicios que establece el artículo 10 LCSP (hoy también artículo 10 TRLCSP) cuando falta la traslación de riesgos al contratista, tal y como ha analizado esta Junta en su Informe 2/2014, de 22 de enero, relativo, precisamente, a la calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales.

Por su extrapolación al caso que ahora nos ocupa, resulta pertinente extraer parcialmente el razonamiento incluido en el informe citado:

«...La transposición de la Directiva 2004/18 a nuestro ordenamiento se realizó por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que incorporó la definición del contrato de servicios de la Directiva en el actual artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), pero mantuvo la figura del contrato de gestión de servicio público tradicional del Derecho español, y su clasificación en cuatro modalidades: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, que procede de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de bases de contratos de Estado, y cuya definición ha permanecido prácticamente inalterada desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 hasta el actual artículo 277 TRLCSP.

Como puso de relieve esta Junta en su Recomendación 1/2011, la LCSP incorporó importantes cambios respecto de la tipificación contractual contenida en la regulación anterior, pues se eliminó la categoría del contrato de consultoría y asistencia y se creó el contrato de colaboración público privada, y aunque se mantuvieron las restantes modalidades de contratos típicos, algunas de ellas se delimitaron de manera diferente, como sucede con la amplitud de la configuración del contrato de servicios, lo que debe repercutir en la recalificación de muchos contratos, antes gestión de servicio público o contratos administrativos especiales. Interesa recordar lo afirmado en esta Recomendación:

«El contrato de servicios, de conformidad con el artículo 10 LCSP, “es aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro”. En esta nueva definición, ya no se enumeran qué tipo de prestaciones pueden integrarse como servicios; y además, se elimina un elemento determinante en el TRLCAP, que era el relativo a “servicio que fuera complementario para el funcionamiento de la Administración”. Hasta la regulación de la LCSP, se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación. En la actualidad, resulta insuficiente este criterio de diferenciación, de modo que los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación del servicio y de explotación del mismo. En todo caso, estaremos en presencia de un contrato de servicios – y nunca de un contrato de gestión de servicios públicos– cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación».

Y prosigue:

«Así, actualmente el carácter enormemente amplio del contrato de servicios, abarca prestaciones que antes constituían gestión de servicios públicos, y numerosos contratos calificados tradicionalmente como contratos administrativos especiales, por no tener cabida el objeto de la prestación en las prestaciones propias del contrato de servicios».

Como bien ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en su Informe 2/2012, cuyas conclusiones se comparten, de las cuatro modalidades de gestión de servicio público que regula el TRLCSP, solo la concesión, en la que el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura, se encuadraría en el concepto de concesión de servicio al que se refería la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios en su artículo 1.4 y que ahora es objeto de definición en la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión. En la gestión interesada el empresario comparte con la Administración el riesgo de explotación, y la sociedad de economía mixta es una fórmula institucionalizada de colaboración público privada. En cuanto a la modalidad de concierto, se caracteriza porque la gestión de un servicio público se encarga, normalmente por razones de eficacia, a un empresario que ya esté prestando servicios análogos a los servicios de que se trate. Esta

modalidad se utiliza especialmente en servicios de tipo educativo, sanitario, asistencial o social, en que la titularidad pública de la actividad no implica la exclusión de la iniciativa privada. En estos casos, es habitual que los usuarios de los servicios no abonen ninguna tarifa, sino que sea la Administración la que asuma el coste de la prestación abonando el precio directamente al contratista. Por tanto, deberán examinarse en cada caso las obligaciones a que se someten las partes, especialmente la modalidad de retribución, para verificar si existe una verdadera transmisión del riesgo de explotación, tal como exige la jurisprudencia europea, y, en consecuencia, se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, o si esta transmisión del riesgo no se produce y la calificación del contrato ha de ser otra diferente.

Es necesario, pues, delimitar de forma correcta cuándo una prestación debe ser calificada como contrato de gestión de servicio público. En el caso que da lugar a la consulta que nos ocupa, parece clara la falta de asunción de riesgos por parte del contratista, toda vez que el sistema de pago del precio lo es « a tanto alzado, repartido en pagos mensuales», sobre los que se pueden aplicar una serie de penalidades (cláusula 12 del Pliego de Prescripciones Técnicas). Las condiciones establecidas en el Pliego no revelan una falta de garantía de que, en condiciones normales de funcionamiento, el contratista vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable (definición de «riesgo operacional» contenida en el artículo 5.1.b. in fine de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión). Como señala el Considerando 20 de esta Directiva:

«...Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario...».

En definitiva, los contratos que aparentemente se pueden calificar como contratos de gestión de servicios públicos por razón de su objeto, pero respecto de los que no quede acreditada la transferencia al contratista del riesgo derivado de la explotación del servicio, deben calificarse como contratos de servicios, tal y como ha concluido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 12/10, de 23 de julio.

De cara al futuro, tanto la Directiva 2014/24/UE como la normativa que la desarrolla, introducen importantes novedades en cuanto a la gestión de los servicios de transporte en ambulancia. El Considerando 28 de la Directiva 2014/24 señala que

«...resulta aún más necesario aclarar que el Grupo CPV 601 «Servicios de transporte por carretera» no incluye los servicios de ambulancia, que se encuentran en la clase CPV 8514. Por ello es conveniente aclarar que los servicios del código CPV 85143000-3 que consisten exclusivamente en servicios de transporte de pacientes en ambulancia deben estar sometidos al régimen especial establecido para los servicios sociales y otros servicios específicos («régimen simplificado»). Por consiguiente, los contratos de prestación de servicios de ambulancia en general deben estar asimismo sometidos al régimen simplificado aunque el valor de los servicios de transporte de pacientes en ambulancia fuera superior al valor de otros servicios de ambulancia...».

Pero además de aplicarle a esos servicios ese régimen simplificado al que remite la Directiva, que debe ser establecido por los Estados miembros en la respectiva norma de transposición, todavía cabría su gestión a través de fórmulas no contractuales. La Directiva 2014/24 reconoce expresamente en relación con los servicios que se conocen como «servicios a las personas», como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, que las Administraciones competentes por razón de la materia «siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación» (Considerando 114). Es decir, la propia Directiva 2014/24/UE, en el marco de las previsiones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, afirma expresamente que la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan las autoridades competentes para la gestión de los servicios a las personas, dentro de los cuales cabría considerar los servicios del código CPV 85143000-3 que consisten en servicios de transporte de pacientes en ambulancia, ya que expresamente los considera como tales el Anexo XIV de la propia Directiva 2014/24/UE. De hecho, fórmulas de gestión no contractuales de los servicios de transporte en ambulancia ya han sido admitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencias de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-113/13) y de 28 de enero de 2016 (Asunto C-50/14).

En línea con lo anterior, en cuanto sea aprobada la normativa que ofrezca la correspondiente cobertura, de manera alternativamente a su gestión directa, o indirecta mediante el oportuno contrato público, es los servicios de transporte sanitario de emergencia podrían ser «concertados con entidades públicas o con entidades privadas de iniciativa social». El Decreto-Ley 1/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, sobre acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, define los «acuerdos de acción concertada» como «instrumentos organizativos de naturaleza no contractual a través de los cuales las Administraciones competentes podrán organizar la prestación de servicios a las personas de carácter social o sanitario cuya financiación, acceso y control sean de su competencia, ajustándose al procedimiento y requisitos previstos en este Decreto-ley y en la normativa sectorial que resulte de aplicación».

III.- Régimen jurídico de las prórrogas de los contratos de gestión de servicios públicos.

El artículo 23 LCSP (y en idénticos términos se pronuncia hoy el artículo 23 TRLCSP) dispone con carácter general respecto de la prórroga de los contratos públicos que

«...2. El contrato podrá prever una o varias 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...»

La regulación contenida en la LCSP sobre la duración del contrato de gestión de servicios públicos (artículo 254 LCSP, hoy artículo 278 TRLCSP) no contempla ninguna especialidad respecto del régimen general previsto en el artículo 23.2 para las prórrogas de los contratos públicos. Por el contrario, sí que contempla una especialidad para la prórroga de los contratos de servicios, respecto de los cuales, «podrá preverse en el mismo contrato su prórroga por mutuo acuerdo de las partes antes de la finalización de aquél,...» como señala el artículo 279.1 LCSP (hoy artículo 303 TRLCSP).

Ya hemos señalado anteriormente que el contrato que motiva la consulta del SALUD debió haber sido calificado como «de servicios», pero en cambio se licitó como «de gestión de servicios públicos», acomodando se su régimen jurídico al propio de éste último. Y lo cierto es que los licitadores formularon sus ofertas considerando la calificación y régimen jurídico señalados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, esto es, presentaron sus ofertas para un contrato de gestión de servicios públicos. El régimen

de prórroga aplicable a ese supuesto debe ser, por tanto, el propio del contrato de gestión de servicios públicos, esto es, el régimen general previsto en el artículo 23 LCSP, sin la especialidad prevista en el artículo 254 para los contratos de servicios, que somete la prórroga al mutuo acuerdo del contratista. Es decir, estando prevista la prórroga en el contrato, cuando sea acordada por el órgano de contratación, resulta obligatoria para el empresario.

En el supuesto del que trae causa la consulta planteada concurre la circunstancia de que la referencia a la prórroga «de mutuo acuerdo» figura ex novo en el contrato, sin que nada se advierta al respecto en el pliego de cláusulas administrativas particulares (Ver cláusula 2.1.6). Este hecho no debería alterar la conclusión sentada en el párrafo anterior, pues tal previsión habría de tenerse por no puesta por dos motivos: ni es propia del régimen del contrato de gestión de servicios públicos, ni figuraba en el clausulado del pliego de cláusulas administrativas particulares sometido a licitación. A mayor abundamiento, no cabe entender que tal posibilidad resulta admisible de conformidad con en el artículo 23.2 LCSP, que tras establecer la regla general de la obligatoriedad de las prórrogas para el contratista, excepciona los supuestos en que « ... el contrato expresamente prevea lo contrario», pues es claro que ello supondría una más que evidente infracción de lo dispuesto en el artículo 99.3 LCSP (hoy artículo 114.3 TRLCSP), que dispone que «los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos». Esa referencia al contrato en el inciso final del artículo 23.2 LCSP debería entenderse realizada «al Pliego» ya que como dispone el artículo 26.2 TRLCSP, no resulta admisible, por su posible efecto sobre la concurrencia, que el contrato altere condiciones de la licitación que deben fijarse en el Pliego, como las relativas a las condiciones que deben darse respecto de la prórroga del contrato. Por tanto, para que la excepción recogida en el artículo 23.2 LCSP fuese de aplicación, el propio pliego de cláusulas administrativas particulares debería haber recogido la no obligatoriedad de las prórrogas para el empresario, advirtiendo de la necesidad del mutuo acuerdo de las partes para su perfección.

En conclusión, el contrato no debió –no podía- someter a la condición de existencia de «mutuo acuerdo» para la prórroga del contrato cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no previó tal requisito. Los licitadores formularon sus ofertas sobre la base de lo dispuesto en el Pliego, por ello, la previsión incluida a posteriori en el contrato debería entenderse por no puesta, en el entendido que la cuestión de la prórroga, por su íntima conexión con la duración del contrato, resulta una condición esencial de la licitación que no puede ser objeto de variación sin seguir el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los contratos. Por lo tanto, la prórroga del contrato, cuando fuese acordada por el órgano de contratación, resulta obligatoria para el empresario.

IV.- La modificación del contrato de gestión de servicios públicos para proceder a su reequilibrio económico como consecuencia del incremento de los costes laborales.

Para determinar el régimen jurídico al que debe ajustarse la modificación de un contrato público resulta imprescindible determinar la normativa vigente en el momento de aprobarse el expediente de contratación. El expediente de contratación del que trae causa la consulta se inició el 24 de junio de 2010, fecha en la que estaba vigente la LCSP, siendo de aplicación las previsiones de dicha norma legal, artículos 202 y 258, dado que, según la disposición transitoria primera, punto 2, del TRLCSP, «Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior».

Esta Junta ya ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre el régimen jurídico aplicable a la modificación de los contratos adjudicados bajo la vigencia de diferentes normas jurídicas distintas del TRLCSP. Así, respecto del régimen jurídico de los modificados aplicable a los contratos adjudicados conforme a la LCSP, en su versión anterior a la reforma operada por la Ley de Economía Sostenible (en adelante LES), se ha pronunciado esta Junta en varias ocasiones, en concreto en los Informes 23 y 27/2011, de 12 de septiembre y 23 de noviembre respectivamente, y 4/2012, de 1 de febrero.

En el Informe 23/2011, de 12 de septiembre, relativo a las «Cuestiones derivadas del nuevo régimen de modificación de los contratos públicos introducido por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible», se planteaba la aplicabilidad del nuevo régimen de los modificados surgido de la LES, y concluía que de acuerdo con la Disposición Transitoria Séptima de la misma, la normativa aplicable debe ser la vigente cuando se celebró el contrato, pero ello «no impide que dicha normativa pueda y de ba ser interpretada necesariamente en coherencia con la Directiva 2004/18/CE —en relación al principio de igualdad de trato recogido en el artículo 31.4 de la misma— y tal y como ha interpretado el TJUE en Sentencia de 29 de abril de 2004, *Succhi di frutta*.

Asimismo, para un contrato que se celebró estando vigente la regulación de los modificados con anterioridad a la reforma efectuada por la LES —como sería el que ahora centra la atención del SALUD—, el informe 27/2011, indicaba:

«En todo caso, como ya se pusiera de relieve en nuestro Informe 3/2009, de 15 de abril, y se reiterara en el 23/2011 citado, conviene advertir que la regulación de la potestad de *ius variandi* debe realizarse necesariamente a la luz de los principios y reglas del derecho comunitario, tal y como han sido interpretadas por el TJUE (y las que obedece la reforma de la LES, que entraba en vigor el 6 de marzo de 2011), y que conducen a una interpretación restrictiva de esta práctica. En modo alguno puede obviarse tampoco que el régimen actualmente vigente sobre los modificados es más restrictivo —por exigencias del derecho comunitario—, y que ésta nueva regulación debe servir de parámetro interpretativo, en todo caso».

Por lo tanto, la normativa aplicable a los modificados de los contratos debe ser la vigente en el momento de celebración del contrato, en el supuesto que nos ocupa la LCSP (artículos 202 y 258), pero interpretada en coherencia con las Directivas y la jurisprudencia europea, y sin olvidar que el nuevo régimen incorporado por la LES, aunque no directamente aplicable, debe servir también como referencia.

Es esa interpretación conforme con las Directivas y la jurisprudencia europea la que haría difícilmente viable en el caso objeto de consulta la modificación del precio del contrato para indemnizar al contratista por el incremento de sus costes laborales. Así cabría deducirlo fácilmente de lo dispuesto en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares (Cláusula 2.5.7), que advierte que las modificaciones no podrán afectar a las condiciones esenciales del contrato, si bien corresponde al órgano de contratación valorar si las modificaciones que pretenda efectuar sobrepasan o no ese límite.

Por otra parte, la modificación del contrato para restablecer el equilibrio económico de un contrato de gestión de servicios públicos debe acomodarse a lo previsto en el artículo 258 LCSP (hoy artículo 282 TRLCSP). Según dicho precepto,

«...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...».

El incremento de los costes laborales para el contratista no encaja en ninguna de las causas previstas en dicho precepto, por lo que difícilmente cabría justificar una modificación del contrato para restablecer su equilibrio económico alegando tal motivo.

La compensación que eventualmente debería percibir el contratista por el incremento de sus costes laborales habría de canalizarse, si fuera posible, a través de la revisión de precios. Sobre el régimen jurídico aplicable actualmente a la revisión de precios hemos de remitirnos a nuestro informe 18/2015, de 3 de diciembre,

donde se aborda expresamente la incidencia que sobre el mismo ha tenido la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía

Española y la disposición adicional octogésima octava de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Respecto del régimen aplicable a los contratos adjudicados con anterioridad a las normas citadas, habrá de estarse a lo que disponían los artículos 77 a 80 y la disposición transitoria segunda LCSP (posteriormente, hasta su derogación, arts. 89 a 92 TRLCSP): Recuérdese que el artículo 77 LCSP (y posteriormente su sucesor, el artículo 91 TRLCSP) señalaban que las fórmulas de revisión de precios que se previesen en los pliegos «...No incluirán en ellas el coste de la mano de obra, los costes financieros, los gastos generales o de estructura ni el beneficio industrial», de lo que cabe deducir que el incremento de los costes laborales no puede ser indemnizado al contratista por esta vía. Este mismo criterio fue establecido, hace ya años, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 25/06, de 20 de junio, sobre la repercusión en el precio del contrato por revisión de precios de incrementos de costes derivados de convenios colectivos de trabajo, cuando la fórmula habitual de revisión era el Índice de Precios al Consumo, y no se contemplaba, igual que ahora, el coste de la mano de obra como factor de revisión.

Por consiguiente, el posible incremento de los costes laborales durante la ejecución del contrato (período inicial y eventuales prórrogas) debe ser contemplado por los licitadores a la hora de presentar sus ofertas, sin que sea posible su compensación posteriormente.

V. Sobre las posibilidades de continuar un contrato, vencido el plazo de ejecución o el de sus eventuales prórrogas.

Por último, la consulta remitida por el SALUD plantea la viabilidad de ordenar a la empresa adjudicataria la continuidad de la prestación del servicio sin contrato administrativo.

Actualmente, la normativa sobre contratación pública no contempla tal posibilidad, si bien es cierto que, por ejemplo, el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público publicado por el Ministerio de Hacienda y

Administración Pública el 17 de abril de 2015 recoge en su artículo 29.4 párrafo final la posibilidad de que

«...cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del

nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario...»

Y en esa misma línea, la disposición final segunda (apartado 7) del Proyecto de Ley de integridad y Ética pública remitido por el Gobierno de Aragón a las Cortes de Aragón plantea añadir un nuevo apartado 3 en el artículo 21 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, con la siguiente redacción:

«3. Si el acto recurrido fuera el de adjudicación, y estando pendiente la resolución del recurso se produjese el vencimiento del contrato al que debiera suceder aquél cuya adjudicación se recurre, en aquellos casos en los que el interés público haga necesaria la continuidad de las prestaciones, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato, por un periodo máximo de seis meses y sin modificar las restantes condiciones del contrato».

Pero en tanto no se trata de legislación vigente, la solución que aportan los preceptos citados carece de cobertura normativa en la situación actual.

III. CONCLUSIONES

I. Aquellos contratos de transporte sanitario en los que la contraprestación consiste en un precio a tanto alzado que no varía con el número efectivo de servicios prestados, deben calificarse como contratos de servicios, pues no existe transferencia del riesgo operacional al adjudicatario.

II. Los contratos que formalizan los compromisos adquiridos por la entidad contratante y el contratista no pueden incluir estipulaciones que alteren el régimen de condiciones esenciales de licitación –como es el caso de la duración del contrato y su eventual prórroga- previsto en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

III. El posible incremento de los costes laborales durante la ejecución del contrato debe ser contemplado por los licitadores a la hora de presentar sus ofertas, sin que sea posible su compensación posteriormente por vía de la modificación del contrato o la revisión de precios.

IV. La normativa vigente sobre contratación pública no contempla la posibilidad de continuar la ejecución de un contrato una vez vencido el plazo de ejecución o el de sus eventuales prórrogas.