LOS PROBLEMAS DE EJECUCIÓN DEL COTRATO: EQUILIBRIO ECONÓMICO Y RESOLUCIÓN

Isabel Gallego Córcoles

Santiago de Compostela, 11 de marzo de 2016

EGAP ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

XORNADA

EFICIENCIA E TRANSPARENCIA NA CONTRATACIÓN PÚBLICA

UCLM

Derecho español EN el Derecho europeo

- CONCESIÓN DE OBRAS
  - Regulada y definida en Derecho europeo.
  - Perfecta simetría entre Derecho europeo y español.
    - Contrato que tiene por objeto que el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.
  - Mayor densidad normativa en Derecho español.

DERECHO ESPAÑOL

- PRESUPUESTO: (IJCCA 28/07, de 5 de julio de 2007, entre otros)
- La concurrencia del requisito de que la prestación objeto del contrato constituye un servicio público.
- La existencia de un régimen jurídico básico del servicio público que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración como propia.
- El contenido económico de los servicios que tiene por objeto el contrato

"concesión de servicios"

- un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

- ¿Y EL SERVICIO PÚBLICO?

Adaptación Derecho nacional

- art. 163 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, se limitaba a señalar que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato
- **TRLCSP→** el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

No es una preocupación reciente

- Propuesta de 13 de diciembre de 1990, que «las concesiones de servicios públicos deben quedar incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva, de la misma manera que la Directiva 71/305/CEE se aplica a las concesiones de obras públicas».
- Consejo → las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos y en las modalidades de dicha delegación, que podrían crear una situación de enorme desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios públicos

Derecho aplicable a las concesiones

- Comunicación sobre la aplicación del Derecho comunitario a las *concesiones*, de 29 de abril de 2000 (2000/C 121/02), que contempla las concesiones de obras y de servicios
- Comunicación relativa a relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y de concesiones a la *colaboración público-privada institucionalizada*

JURISPRUDENCIA TJUE

IRRELEVANCIA EXISTENCIA SERVICIO PÚBLICO. INTERCAMBIABILIDAD DE LAS TÉCNICAS

- **STJUE de 18 de noviembre de 2004,** es irrelevante que el contrato sirva para cumplir una función de interés general (Transporte residuos)
- **STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset, C-196/2008** (Gestión municipal agua)
- **IJCCA 22/09,** de 25 de septiembre de 2009

STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen

- se deduce que un contrato público de servicios, en el sentido de la Directiva, requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios.
- 40. En cambio, en la situación a que se refiere la primera cuestión, la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que *el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos*

Concesión de servicios

- Si la remuneración proviene de..
  - usuarios de un servicio de transporte público **(STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV, C-410/04),**
  - **usuarios** una red de teledistribución **(STJUE de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, C-324/07)**
  - **O** en el caso de un contrato en el que la principal contrapartida consiste en la posibilidad de exigir a los usuarios el pago de la tarifa del agua (**STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset, C-196/08).**

¿Y si retribuye el poder adjudicador?

- **STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05,** calificó como un contrato de servicios aquel relativo a un servicio público local en el que no sólo se abonaba la retribución por el poder público, sino que además no se había producido una transferencia de riesgo al adjudicatario, al que se le aseguraba determinado nivel de ingresos (residuos, pago por tonelada + cantidad mínima).
- la **STJUE de 11 de junio de 2009, rec. 300/2007** consideró que el hecho de que sea el poder adjudicador el que abona la prestación es un indicio de gran importancia, aunque no el único, para calificar el negocio como contrato de servicios.
- **STJUE de 10 de marzo de 2011,** lo relevante es que el precio sea abonado por un tercero, aunque éste no sea el usuario del servicio.

- **IJJCA 22/09, de 25 de septiembre de 2009** considera que la retribución económica del concesionario puede provenir directamente de la Administración que hubiese otorgado la concesión, siempre que su importe esté vinculado directamente con el rendimiento obtenido de la explotación del servicio.
- **Art. 281 TRLCSP →** el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas para el contrato entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o *de la propia Administración.*

No sólo explotación.. Sino también RIESGO

- **¿QUÉ RIESGO?**

STJUE de 10 de septiembre de 2009, C-206/2008, WAZV Gotha → *incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios*» (SUMINISTRO DE AGUA)

- **¿QUÉ ES RIESGO?**

STJUE de 10 de mayo de 2011, c-274/2011,

el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores,

el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados

el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio

No es riesgo…

- **STJUE de 10 de mayo de 2011, c-274/2011,** riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato.
- **STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C-382/05** hace un buen repaso de algunos criterios que, por no estar relacionados con la forma principal de pago ni con la transmisión de riesgos, se consideran irrelevantes tales como la duración del contrato, la existencia de retribuciones adicionales a las realizadas por la Administración "concedente" o la autonomía del empresario en la ejecución del contrato.

DIRECTIVA 2014/23/UE

- CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTALES
  - UNIFICA el régimen jurídico aplicable a todas las *concesiones de obras y de servicio* que tengan un valor igual o superior a 5.186.000 euros
  - Coordinación mínima (publicidad, recurso, especificaciones técnicas... NO PROC)
  - Importantes exclusiones
  - *servicios a las personas*, que comprende –entre otros- los servicios sociales, sanitarios, educativos o culturales (art. 19 y Anexo IV)

Definición concesión

- *contrato de concesión* todo contrato oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían la ejecución de obras (concesión de obras) o la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras (concesión de servicios) a uno o más operadores económicos, cuya *contrapartida* es bien el derecho a explotar las obras o los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

EXPLOTACIÓN MÁS RIESGO

- ¿QUÉ RIESGO? Decisión Eurostat 18/2004, de 11 de febrero de 2004, *Treatment of public-private partnership*
  - RIESGO DE CONSTRUCCIÓN
  - RIESGO DE DISPONIBILIDAD
  - RIESGO DE DEMANDA (FACTORES EXÓGENOS)
    - PLANES DE INFRAESTRUCTURAS
    - RIESGO DE USO Y DE DISPONIBILIDAD

¿QUÉ RIESGO?

- **RIESGO OPERACIONAL** (ART, 5 Y 20)
  - **RIESGO DE DEMANDA**
    - DEMANDA REAL DE LAS OBRAS O SERVICIOS OBJETO DEL CONTRATO
  - **RIESGO DE SUMINISTRO**
    - RIESGO DE LA OFERTA → RIESGO DE QUE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS NO SE AJUSTE A LA DEMANDA
  - **O AMBOS ??**

¿QUÉ RIESGO? ART.5

- no esté garantizado que (...) 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"; siempre y cuando se actúe "*en condiciones normales de funcionamiento*"
- La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una *exposición real a las incertidumbres del mercado*

Se aclara que….

- Se trata de concesión aun cuando la *remuneración* proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, siempre que la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios dependa de la *demanda* o del *suministro* efectivos de esos bienes o servicios (considerando 18 de la Directiva).

No cabe hablar de concesión:

- a) cuando “el *poder adjudicador o la entidad adjudicadora* aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato” (considerando 18);
- y b) “cuando la *reglamentación específica del sector* elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen la inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato” (considerando 19)

CONSECUENCIAS DERECHO ESPAÑOL

- DESAPARECE EL CONTRATO CPP
- NECESIDAD DE ADAPTAR EL CONCEPTO DE CONCESIÓN
- SUPRESIÓN DE LOS DISTINTOS TIPOS DE GESTIÓN DE SERIVICIOS PÚBLICOS
- DURACIÓN

CLÁUSULAS RENDIMIENTOS MÍNIMOS

- Ley 13/2003, de 23 de mayo, que modificó como es sabido el TRLCAP
- Causa de reequilibrio de la concesión (art. 248.3 TRLCAP).
- Art. 254 TRLCSP → "Rendimientos mínimos acordados en el contrato".

¿ y AHORA..?

Informe 69/09, de 23 de julio de 2010, la JCCA concluye que

- «resulta claro que concurriendo las circunstancias de hecho que se establezcan en los pliegos para aplicar la limitación del riesgo prevista en los mismos debe producirse la aplicación de las cláusulas que la regulen. Trasladada esta idea al supuesto referido en el texto de la consulta, debe entenderse que, <u>siempre con el requisito previo de que se den las circunstancias de hecho indicadas, procede el restablecimiento del equilibrio financiero previsto en ella</u>».

- Artículo 268. Mantenimiento del equilibrio económico del contrato [art. 258 TRLCSP]

2. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el artículo 260 de la presente Ley.

b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico 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 237 de la presente Ley.

Riesgo imprevisible

- No precisa reconocimiento legal
  - STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2013 (rec. 1360/2010) → se viene a configurar como un principio general aplicable en materia de contratación administrativa
  - IJCCA Aragón de 24/2013, de 25 de noviembre «en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico».
  - Jurisprudencia sobre ligantes asfálticos contratos de obras.

REQUISITOS RIESGO IMPREVISIBLE

- Que se produzca un acontecimiento que desborde las previsiones razonables.
- Que dicho acontecimiento sea independiente de la gestión empresarial realizada por el contratista.
- Que, como consecuencia del acontecimiento imprevisible, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del contrato, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse. De esta forma, se exige que la circunstancia imprevisible tenga un impacto relevante y significativo en la economía del contrato.

¿CRISIS?

- **Improcedencia del requilibrio económico del contrato de concesión de la autopista R-4. STS de 4 de febrero de 2014**
- las desviaciones del tráfico alcanzan el 78% respecto a las previsiones iniciales. La merma de flujos de vehículos no constituye un riesgo imprevisible sino consecuencia del riesgo y ventura que la licitadora debió examinar y examinó al participar en el concurso, ya que el pliego de cláusulas administrativas exigía que la memoria explicativa incluyese, entre otros contenidos, «estudios de tráfico y de la estrategia de tarifas adoptada». Así, se señala que si ambas partes contratantes erraron de forma amplia en sus cálculos por no prever factores que podían afectan a los mismos (la paralización/disminución del desarrollo urbanístico en el entorno atendido, la crisis económica que reduce la movilidad, las actuaciones de infraestructura puestas de relieve por el perito) no puede ahora la concesionaria imputar tal error a la administración.

¿CRISIS?

STS 30 de junio de 2014

contrato de explotación de publicidad incluida en los autobuses celebrado en 2006 entre EMT -sociedad mercantil cuyo único socio es el Ayuntamiento de Valencia - y determinada empresa. Se da la circunstancia de que en la Comunidad Valenciana la inversión en publicidad en el sector del transporte sufre un descenso en el año 2009 de un 67,62%. Ello provoca una importante bajada en los ingresos de la adjudicataria (caída que oscila entre un 35% y un 45%, según el período), por lo que la empresa solicita una rebaja en el canon que es denegada por EMT.

El Tribunal Supremo aplicando la figura del *rebus sic stantibus*, reconoce el derecho de la adjudicataria a la reducción del canon concesional.

IJCCAragón 24/2013, de 25 de noviembre

- El principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero debe aplicarse de forma prudente. Ahora bien, aplicación prudente no significa aplicación en forma restrictiva, como si este último principio viniera recogido en normas de carácter excepcional: existe un verdadero derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio económico financiero de su concesión, como derecho a atenuar los rigores del riesgo concesional ante determinadas circunstancias y mediante determinadas técnicas que deben, eso sí, ser aplicadas con prudencia. Así, en la medida en que la actual situación de crisis económica impacte de forma desproporcionada, —por alterarse la realidad en que se fundamentaron las previsiones del objeto del contrato y sobre las que responsablemente formuló la proposición el licitador—, sí resultaría posible un reajuste de las condiciones financieras de la concesión, si el sistema de retribución que se diseñó ha variado más allá de lo previsible, lo que influye directamente e indebidamente en las tasas de retorno de la inversión (TIR) previstas y pactadas en los contratos, y sobre las que se hace descansar el principio de riesgo de explotación».

ART. 203 Anteproyecto

Cuando la necesidad de modificar un contrato vigente se derive de circunstancias sobrevenidas y que fueran imprevisibles en el momento en que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre y cuando se cumplan las tres condiciones siguientes:

1º. Que la necesidad de la modificación se derive de circunstancias que una Administración diligente no hubiera podido prever.

2º. Que la modificación no altere la naturaleza global del contrato.

3º. Que la modificación del contrato implique una alteración en su cuantía que no exceda, aislada o conjuntamente, del 50 por ciento de su precio inicial, IVA excluido.

Renuncia a la ejecución

- Art. 223 TRLCSP

  d) es causa de resolución del contrato la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo para el inicio de la ejecución del contrato

  f) causa de resolución de los contratos públicos el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales.
- contrato de concesión de obras públicas se contemplan expresamente como causas de resolución del contrato los supuestos de "renuncia unilateral" y "abandono", [art. 269 j) TRLCSP].
- IIJCA 27/99, de 30 de junio de 1999

Consecuencias renuncia expresa

- Art. 113.4, del RDL 2/2000, de 16 de junio, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.
  - *STS de 14 de Mayo de 2012. Incompatible con imposición penalidades*

- Art. 225 TRLCSP versus art. 274.1 TRLCSP

CONSECUENCIAS DE LA RENUNCIA

- Art. 225 TRLCSP → Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización se hará efectiva, en primer término, sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, sin perjuicio de la subsistencia de la responsabilidad del contratista en lo que se refiere al importe que exceda del de la garantía incautada

¿Incautación de la garantía?

- No es automática.
  - **DCE 1121/2012, de 8 de noviembre de 2012, Dictamen 992/2011, de 1 de septiembre de 2011, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, Dictamen 286/2011, de 30 de noviembre, del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, Consejo Consultivo del Principado de Asturias, entre otros en su dictamen 297/2012, de 25 de octubre de 2012**
- Es automática.
  - **STSJ Galicia de 31 de mayo de 2012 (LA LEY 92285/2012)**
  - **Dictamen 403/2012, de 16 de mayo, del Consejo Consultivo de Andalucía , Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid Dictamen 481/12, de 26 de julio de 2012, Consejo Consultivo de Canarias, en sus dictámenes 447/2012, de 8 de octubre y 232/2012, Dictámenes del Consejo Consultivo de Extremadura 85/2011 de 17 de febrero.**
- Aproximación “pragmática”
  - **Dictamen 301/2012, de 14 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla y León (LA LEY 2662/2012**

Y si no fuera automática la incautación….

- INCAUTACIÓN “PROVISIONAL”
  - **DCE 1318/2011 de 15 de septiembre de 2011,**
  - **Dictamen núm 195/2012, de 5 de septiembre, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha**
- EL ACUERDO DE RESOLUCIÓN DEBE FIJAR DAÑOS
  - **Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias 297/2012, de 25 de octubre**

¿Qué daños?

- DCE 2717/2000
- SAN de 5 Jul. 2006, rec. 681/2005
- TSJ Asturias 15 Feb. 2012, rec. 86/2010
- TSJ Murcia 15 Feb. 2008, rec. 880/2003

¿DESEQUILIBRIO = RESOLUCIÓN?

- Equilibrio de la concesión. STSJ de Aragón 6 de marzo de 2000
- Modulación responsabilidad. SSTS de 14 de junio de 2002 (núm. rec. 3008/1997 y 3898/1997) y por la STS de 25 de enero de 2005 (núm. rec. 30/2001). En casos de crisis resultados empresariales, STJ Sevilla 4 Nov. 2008.
- **Dictamen 0132/2009, de 25 de febrero, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana**
- **Informe 18/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón**

Declaración prohibición contratar

	duración	Extensión	Órgano	
DESISTIMIENTO PRECONTRACTUAL	>2 AÑOS	AAPP o ente del sector público	Admón contratante	Extensión efectos
RESOLUCIÓN CULPABLE	< 5 años	AAPP o ente del sector público	Admón contratante	Extensión efectos

Consecuencias del concurso de acreedores

- ¿y si es una UTE?
  - Cesión del contrato
    - Informe 9/2011, de 27 de marzo de 2012, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana
    - el IJCCA de Islas Baleares 4/2004, de 30 de septiembre de 2004,
  - Responsabilidad solidaria.
    - STS de 21 de diciembre de 2012 (LA LEY 220351/2012)
    - ¿Culpabilidad?

Consecuencias del concurso de acreedores

- Modificación prohibición contratar LES
  - Haber solicitado la declaración de concurso *voluntario*
  - Hallarse declaradas en concurso, *salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio,*
- PLAZO: mientras dure la circunstancia
  - ¿en todos los casos de concurso de acreedores?

¡Muchas gracias por su paciencia!

Isabel.Gallego@uclm.es