



Por el Ayuntamiento de ----- se solicita de este servicio la elaboración informe en relación con la solicitud de modificación de las condiciones del contrato de explotación de la piscina, efectuada por la adjudicataria del mismo, -----
-----.

Este informe se emite a partir de la consideración de los siguientes

ANTECEDENTES:

PRIMERO.- Tras la tramitación del oportuno expediente, y según consigna la propia adjudicataria en su escrito, el 1 de julio de 2020 se firmó el contrato administrativo especial la explotación del chiringuito de la piscina natural de ----- y sus zonas anexas, sito en el paraje “-----”, por parte del Ayuntamiento de ----- (en adelante, el ayuntamiento) y -----, que había resultado adjudicataria del mismo.

SEGUNDO.- El 29 de septiembre de 2020, la adjudicataria solicita al Ayuntamiento la modificación del precio del contrato, así como de la obligación de apertura del chiringuito fuera de la temporada de verano, de viernes a domingo, de 11 a 22 horas. Argumenta su pretensión en la concurrencia “*de los requisitos del artículo 205.1 de la Ley para justificar las modificaciones no previstas en el PCAP*”, considerando que la situación ocasionada por la pandemia, con la no apertura de la piscina natural (acordada por la Mancomunidad ----- el -- de ---- de 2020), la reducción de aforos y los gastos de protección y desinfección, han perjudicado directamente el desarrollo de la actividad, siendo susceptibles de generar la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato.

TERCERO.- El ayuntamiento interesa que se informe por este servicio al respecto de las cuestiones planteadas por la adjudicataria, “*solicitando asesoramiento legal con el fin de adoptar la resolución que convenga y continuar con la tramitación del expediente*” (sic.).

A los anteriores antecedentes le son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- La cláusula 18 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) señala que “*el contrato se entiende convenido a riesgo y ventura del contratista, sin que por éste se pueda solicitar alteración del precio o indemnización, salvo por alguna de las causas previstas en la legislación vigente*”. Se refiere a las modificaciones la cláusula 21 del PCAP, con arreglo a la cual, “*una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación solo podrá introducir modificaciones por razones de interés público en los elementos que lo integran, siempre*



que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente”.

SEGUNDO.- En el caso que nos ocupa, se acordó la no apertura de la piscina natural, si bien el chiringuito ha continuado abierto, y el contrato de explotación vigente. La adjudicataria pretende la aplicación del artículo 205 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), que regula las modificaciones no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares: prestaciones adicionales, circunstancias imprevisibles y modificaciones no sustanciales. Para ello, la adjudicataria defiende la posibilidad de aplicación de la regla “*rebus sic stantibus*”, o la regla del “*factum principis*”.

TERCERO.- En relación con la posibilidad de aplicar las mencionadas reglas, ha de traerse a colación, en primer lugar, el criterio manifestado por la Junta Central de Contratación de la Administración del Estado (JCCAE), en su Informe número 18/2019, de 9 de mayo, destacando que “*las partes del contrato están vinculadas por el mismo y deben cumplir las obligaciones a que se han comprometido. La no atención de tales obligaciones conllevará las consecuencias que en derecho procedan*”.

En el mismo sentido concluye el Informe número 10/2019, de 9 de mayo, de la propia JCCAE, al argumentar que: “*(...) en todos los contratos públicos debe exigirse el cumplimiento de los contratos vigentes conforme al principio pacta sunt servanda, puesto que la obligación de cumplimiento continúa viva y plenamente eficaz a todos los efectos legales. En caso de incumplimiento del contrato por parte del contratista deberán aplicarse todas las consecuencias previstas en la ley y en el contrato*”.

En tal sentido, y en relación con una pretendida aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*”, procede indicar que la situación que provocó la pandemia que aún sufrimos hizo que al amparo de la declaración del estado de alarma se dictaran diversas medidas para atender los cambios que se provocarían en los contratos en vigor. Entre otras, el artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, contempla una previsión específica, es decir, una regulación especial que prevalece sobre la general.

En estos casos, la situación de hecho creada por la COVID-19 y las medidas adoptadas por las administraciones para combatirlo podrían dar lugar a la suspensión total o parcial del contrato desde que se produjera la situación de hecho que impide su prestación y hasta que dicha prestación pudiera reanudarse, con derecho a la indemnización por determinados daños y perjuicios a favor del contratista. Son medidas excepcionales en materia de contratación pública, originadas por la situación de hecho creada por la COVID-19, que tienen como objetivo atenuar las consecuencias de la pandemia, garantizando el derecho de las empresas contratistas a ser compensadas por los perjuicios que soporten derivados de la crisis provocada en todo el estado español



por la pandemia.

Sin embargo, esas medidas se refieren a contratos “vigentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley”, por lo que no son de aplicación al presente contrato (de fecha bastante posterior). Y además, debieron tomarse al amparo del citado Real Decreto-Ley, con el procedimiento previsto en él y su aplicación se limita (conforme a la disposición final decimoprimer) a un mes después de la vigencia del estado de alarma iniciado con el RD 463/2020, de 14 de marzo, que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Por tanto, lo previsto en el artículo 34.1 del citado Real Decreto-Ley no sería aplicable al presente contrato. Ni ha sido invocado por la adjudicataria. Pero resulta procedente traerlo a colación, por tratarse, como se verá más adelante, de una norma especial, que excluye la aplicación del artículo 205 de la LCSP.

Además, como ya queda indicado, la cláusula 18 del PCAP señala que el presente contrato se ejecuta en base al riesgo y ventura que asume el contratista, lo que ya indica que los gastos inherentes a este riesgo deben ser asumidos por el empresario para la correcta ejecución del contrato, sin que deba modificarse el contrato para dar cabida a dicho coste, ni sea procedente que el ayuntamiento asuma dicho gasto. De ello se deriva que el concesionario tiene el deber de gestionar el contrato asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato (tal y como establece la LCSP en su artículo 197).

CUARTO.- Sobre la cuestión se ha pronunciado la Abogacía del Estado en sus informes de 1 y 2 de abril de 2020, en los que señaló que “*la situación generada por la COVID-19 en un contrato de concesión de servicios no sería equiparable a fuerza mayor, a circunstancia imprevisible o a factum principis*”, por lo que a efectos de contratación pública, según este organismo, no cabe acudir al restablecimiento económico del contrato. Concretamente, el citado informe de 1 de abril de 2020, relativo a las concesiones de autopistas de peaje o autovías de primera generación (pero cuyas consideraciones pueden extrapolarse al supuesto objeto del presente informe) estima que la “*reducción de vehículos e ingresos tampoco sería equiparable a "fuerza mayor", a "circunstancia imprevisible" o a "factum principis" ("actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinarían de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato") a los efectos de, respectivamente, amparar un reequilibrio del contrato de obras con base las normas generales aplicables al contrato de concesión (por ejemplo, el vigente 270.2 de la LCSP). Esto se justifica por las siguientes razones:*

- *Porque el artículo 34 del RDL 8/2020 excluye que la situación de hecho por el Covid-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor; de ahí que no lo califique como tal y que expresamente declare inaplicables los artículos de la legislación de contratos referidos a la fuerza mayor.*
- *Porque la aplicación preferente del artículo 34 del RDL 8/2020 a todas las consecuencias contractuales del Covid-19 no permite que, mediante la aplicación de las normas generales sobre reequilibrio de concesiones, se acaben renegociando*

los contratos de concesión y, por tanto, produciéndose efectos distintos de los de suspensión e indemnización previstos por el artículo 34 del RDL 8/2020”.

En consecuencia, un descenso en el número de usuarios como consecuencia de la pandemia no tendría la consideración de fuerza mayor, por lo que no habría lugar al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, dado que una supuesta mala marcha económica de la concesión, derivada de la pandemia, no parece que pudiera englobarse bajo los parámetros de la fuerza mayor, y tampoco sería una causa imputable a la administración. Debe prevalecer la aplicación de la cláusula 18 del PCAP, correspondiendo al contratista la asunción del riesgo y ventura que le corresponde.

De esta forma, vistos los anteriores antecedentes y fundamentos jurídicos, los que suscriben elevan las siguientes

CONCLUSIÓN:

No ha lugar al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, dado que una supuesta mala marcha económica de la concesión, derivada de la pandemia, no puede englobarse bajo los parámetros de la fuerza mayor, y tampoco sería una causa imputable a la administración. Debe prevalecer la aplicación de la cláusula 18 del PCAP, correspondiendo al contratista la asunción del riesgo y ventura que le corresponde.