



**Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **211/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 18 de julio de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Excmo. Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Murcia, mediante oficio registrado el día 23 de mayo de 2014, sobre Interpretación del contrato de concesión para la redacción de proyecto de obras y construcción de Complejo Deportivo en Cabezo de Torres y posterior gestión del servicio, adjudicada a la empresa "---" (expte. **159/14**), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 29 de marzo de 2006, la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Murcia adjudica a la mercantil "---" el contrato de concesión de obras públicas denominado "Concesión de obra pública para la redacción de Proyecto de obras y construcción de complejo deportivo en Cabezo de Torres (Murcia) y posterior gestión del servicio", con una duración de cuarenta años desde la puesta en servicio de las instalaciones. El contrato se formaliza el 26 de junio de 2006.

De conformidad con el Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas (PCAP), los licitadores habían de aportar junto con su oferta un Anteproyecto de construcción y explotación de la obra y un Estudio Económico-Financiero que, además de las instalaciones deportivas básicas (piscinas) y espacios complementarios básicos (vestuarios, almacenes, aseos, despachos de monitores, etc.), podía incluir como opcionales la construcción de un área deportiva exterior, zonas spa, salas de musculación, etc., así como otras obras o servicios complementarios de explotación comercial que puedan ser compatibles con el uso deportivo (Cláusula 1.2).

Asimismo, acompañarían un Estudio de Viabilidad Económico-Financiero comprensivo de los extremos señalados por el artículo 233.1, letra d) TRLCAP: sistema de tarifas, inversión y costes de explotación, obligaciones de pago y costes financieros estimados. Deberá ser objeto de consideración específica la incidencia en las tarifas, así como en las previsiones de amortización, en el plazo concesional y en otras variables de la concesión prevista en el Pliego, en su caso, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo respectivamente, que se consideren en la oferta. Además, se establece expresamente que "*De conformidad con el art. 230,f) del Título V de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, deberá especificarse en este Plan, el umbral mínimo de beneficios derivados de la explotación de la zona comercial por debajo del cual no podrá incidirse en los elementos económicos de la concesión, en su caso*" (Cláusula 1.3). En este estudio, asimismo, deberá justificarse la subvención que se solicite (Cláusula 10.1.11, letra c).

La Cláusula 4ª del Pliego, denominada "retribución del concesionario y canon de la concesión", es del siguiente tenor:

*"4.1 El concesionario percibirá en concepto de retribución por los servicios que preste las tarifas previstas en los precios públicos que se incluyen como Anexo II en el presente Pliego de Condiciones. Dichos precios públicos serán revisados anualmente por la Corporación, quedando el concesionario sujeto a los que anualmente estén vigentes.*

*4.2 No obstante, para servicios opcionales que los concursantes puedan proponer tales como jacuzzi, sauna, baño turco, etc., cuyas tarifas no vienen establecidas en la relación de precios públicos del Anexo II, los licitadores presentarán en su oferta su propuesta de tarifas, que anualmente serán revisadas conforme a las variaciones del IPC.*

*4.3 A su vez, si el licitador a la vista del estudio económico financiero que presente estima que no equilibra el coste de la inversión más el de funcionamiento de la instalación con los previsibles ingresos, deberá presentar en su oferta propuesta de cifra anual de subvención que abonará el Ayuntamiento y cuya finalidad es la de mantener el equilibrio financiero de la concesión. En su caso, anualmente, hasta la extinción de la concesión, a la vista de las cuentas anuales auditadas del concesionario, auditadas por la empresa auditora que designe la Administración Municipal, tras comparar dichas cuentas con las que aparecen en el estudio de viabilidad económico-financiero inicial una vez justificadas las posibles desviaciones entre ambas, y del acuerdo municipal de revisión de precios públicos se recalculará el importe de la subvención solicitada con el objetivo de mantener el equilibrio financiero de la concesión previos los informes del Servicio de Deportes.*

*4.4 La presente concesión está sujeta al abono de un canon anual por parte del adjudicatario. Dicho canon, hasta tanto se establezca el equilibrio económico de la concesión, será de 0 euros. En el supuesto de que los licitadores, en base a su estudio financiero, consideren que no es necesaria la subvención prevista en la cláusula anterior, el canon anual a satisfacer por el concesionario será el equivalente al 65%, al alza, del beneficio antes de impuestos (BAI), de la cuenta de explotación, integrada por los servicios objeto del contrato inicial y los servicios complementarios de la explotación comercial, si los hubiere".*

Se establece, asimismo, la obligación de presentar diversa documentación con periodicidad anual (propuesta de tarifas para la anualidad siguiente, cuentas anuales auditadas y presupuesto económico-financiero, indicadores anuales de gestión). Trimestralmente, debe presentar balance y cuenta de explotación, y cuenta de resultados. El concesionario debe sujetarse a las tarifas vigentes y viene obligado a presentar ante el Servicio de Deportes, con tres meses de antelación al inicio del curso docente, las modificaciones o variaciones que se proponen al programa de servicios y actividades inicialmente presentado con la oferta, para su aprobación por el Ayuntamiento (Cláusula 6, apartados 12 y 16).

Entre los criterios objetivos que se establecen para la valoración de las ofertas, se prevé que el de la oferta económica sea el de más peso ponderado (hasta 20 puntos, frente a los tres restantes que, como máximo, podrán ser valorados en 10 puntos cada uno). Dentro del criterio de la oferta económica se atenderá, entre otros, al importe anual de la subvención municipal que, en su caso, se solicite (Cláusula 13).

Finalmente, la Cláusula 20 recoge el principio de riesgo y ventura del contratista, que no podrá solicitar alteración del precio o indemnización, salvo por las causas señaladas en la legislación vigente. Añade, además, que *"para el equilibrio económico de la concesión se estará a lo dispuesto en el art. 248 de la Ley 13/2003, de 23 de mayo (sic), que modifica el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas"*.

**SEGUNDO.-** El acuerdo de adjudicación reseña que se realiza con arreglo a las condiciones establecidas en el Pliego y en el acuerdo de la Junta de Gobierno de 1 de febrero de 2006. Este acuerdo aprueba provisionalmente el anteproyecto y estudio de viabilidad económico-financiero presentado por la adjudicataria, correspondiente a la variante ofertada por aquélla. En su virtud, se establecen la siguientes condiciones:

*"...3. La subvención anual solicitada al Ayuntamiento será de 913.632 euros para el primer año de concesión y en los sucesivos años, de acuerdo al cuadro de explotación adjuntado en el apartado 4.4 de su oferta "cuadro económico de la concesión"..."*.

Para la confección de dicho cuadro de explotación, el concesionario estima unas previsiones de crecimiento de los usuarios en los primeros años del 3% y del 2%, hasta que se llegue al nivel máximo de ocupación de las instalaciones. Se afirma, asimismo, que se plantea un escenario a "euros constantes", es decir sin los efectos sobre el canon/subvención de los incrementos de las tarifas ni de los gastos, y, posteriormente, se añade una cuenta de explotación en la que se considera un incremento de las tarifas y de los gastos según el incremento del IPC previsto, del 3%.

**TERCERO.-** Con fecha 12 de noviembre de 2008, la Junta de Gobierno Local acuerda aprobar la modificación del contrato solicitada por el concesionario, que supone un incremento del coste de ejecución de la obra de 937.349,69 euros, sin IVA, y de la subvención, que el primer año pasa de 913.633 a 1.027.744 euros. La indicada aportación municipal sufrirá un incremento durante las primeras doce anualidades.

**CUARTO.-** El 26 de julio de 2012 y a la vista del contexto económico actual y del importe que se destina en concepto de subvenciones a los contratos de concesiones deportivas municipales de obra pública, el Pleno acuerda que se lleven a cabo los trámites oportunos tendentes a determinar la procedencia, en su caso, de la revisión de dichos contratos y que, a tal efecto, se nombre una Comisión técnico-jurídica, lo que se efectuó por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 7 de noviembre.

Los cuatro contratos objeto del análisis de la referida comisión son los formalizados para la construcción y explotación de los siguientes centros deportivos municipales: La Alberca o Verdolay, Cabezo de Torres, La Flota y Cuartel de Artillería o Inacua.

**QUINTO.-** Con fecha 5 de febrero de 2014, la referida Comisión elabora un informe de conclusiones en el que, tras analizar la situación de las cuatro concesiones de obras públicas sometidas a estudio, de los pliegos que las rigen y de la normativa contractual, considera que es posible y ajustado a la finalidad que la inspira interpretar la Cláusula 4.3 de los indicados pliegos en el sentido de que el recálculo anual de la subvención procederá cuando como consecuencia de los acuerdos municipales de revisión de precios públicos (y en la medida que puedan modificar los establecidos en el Pliego) se produzca una alteración en las previsiones económicas contenidas en los planes que sean imputables a dicha causa y que se reflejen en las cuentas anuales presentadas. La posibilidad del recálculo anual de la subvención tendría así la función de responder de las desviaciones que las

cuentas anuales presenten respecto de las previsiones contenidas en el plan en la medida en que dichas desviaciones hayan sido causadas por decisiones municipales impuestas al contratista, ayudando así a mantener el equilibrio previsto en los Planes cuando dicho equilibrio se rompa por tales causas, ajenas al concesionario. El restablecimiento del equilibrio económico de la concesión previsto en dicha cláusula tendría así como finalidad restituir al concesionario a las condiciones inicialmente pactadas (las previstas en el Plan), si se alteran por decisiones que dependen de la Administración.

Conforme a esta interpretación, la Corporación podría adoptar decisiones tales como ampliar o reducir el programa deportivo municipal cuya prestación se exigiera al concesionario o ampliar o eliminar bonificaciones a determinadas actividades o usuarios, pudiendo estimar el coste que ello podría suponer para las arcas municipales, no teniendo en cambio que soportar los mejores o peores resultados económicos de otras actividades propuestas por los concesionarios y estrechamente vinculadas a su gestión, cuya finalidad debiera ser mejorar los resultados de la concesión.

**SEXTO.-** Con fundamento en el informe de la Comisión técnico-jurídica reseñado en el Antecedente Quinto de este Dictamen, por acuerdo de 12 de marzo de 2014, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, se acuerda iniciar procedimiento de interpretación de los contratos de concesión de obra pública relativos a los cuatro complejos deportivos municipales indicados.

La interpretación propuesta es la siguiente: *"el importe de la subvención a abonar para los restantes años de vigencia de cada concesión, será en principio el que fue fijado en los respectivos Planes Económico-Financieros aprobados, previa justificación de los mismos en las cuentas anuales, siendo el presupuesto necesario para que proceda tal abono que en las cuentas anuales presentadas existiera un desequilibrio entre costes e ingresos globales de la concesión, pues si con los ingresos (tanto del programa deportivo como de servicios opcionales y, en su caso, zonas de explotación comercial) lograra cubrir los costes totales de cada año (lo que sería el resultado óptimo a conseguir) no procedería abono de subvención al no existir desequilibrio que pudiera dar lugar a ella. El recálculo anual de subvención previsto en la cláusula 4.3 de los pliegos de condiciones de cada uno de dichos contratos procedería cuando las desviaciones que puedan presentar las cuentas anuales respecto de lo previsto en los planes financieros presentados por cada uno de los concesionarios en su oferta sean imputables a decisiones municipales impuestas al concesionario, en los términos señalados tanto en la parte expositiva como en el informe de la Comisión técnico-jurídica, que forma parte inseparable de la presente propuesta a todos los efectos".*

En el mismo acuerdo se requiere a los concesionarios para que aporten diversa información sobre los resultados económicos de las concesiones en los años 2012 y 2013 y para que se ajusten en la mayor medida posible a las estimaciones económicas que fueron fijadas en los planes, teniendo en cuenta los importes de subvención que se fijaron en los mismos y los supuestos y condiciones en que, conforme al criterio interpretativo propuesto, procedería su recálculo, efectuando las modificaciones y actuaciones necesarias en orden a la reducción del gasto y a la adecuación de las actividades que se prestan.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia al concesionario, presenta escrito de alegaciones oponiéndose a la interpretación indicada, con base en los siguientes argumentos:

- No existe una previa discrepancia entre Ayuntamiento y concesionario en la interpretación o aplicación de la cláusula en cuestión, considerando que este es un requisito necesario para que la Administración pueda ejercitar su prerrogativa de interpretación del contrato.



- El Ayuntamiento ha venido reconociendo de forma continuada el derecho del concesionario a la subvención municipal.

- El estudio económico de la oferta del concesionario se realizó a euros constantes, por lo que para analizar la variación entre las previsiones del estudio económico y los datos reales, han de actualizarse tales valores. Una vez realizada esta operación, la subvención solicitada para el ejercicio 2012 está en consonancia con la prevista en el estudio económico de la oferta.

- La interpretación propuesta restringe los supuestos legales y jurisprudenciales en los que procede el reequilibrio financiero de la concesión, pues los limita al "ius variandi".

**OCTAVO.-** Con fecha 8 de mayo de 2014 la Comisión informa sobre las alegaciones del concesionario, considerando que no desvirtúan los razonamientos que fundamentan el criterio interpretativo propuesto por el Ayuntamiento, que respeta la literalidad y finalidad del PCAP, manteniendo el equilibrio de la concesión en los términos en que fue adjudicada y teniendo en cuenta el margen de riesgo y ventura que corresponde al concesionario. Considera que ni el Pliego ni la legislación de contratos imponen a la Administración la obligación de asumir íntegramente el déficit de explotación, con independencia de las causas del mismo, pues ello puede dejar en nada el principio de riesgo y ventura y puede romper el equilibrio de la concesión en perjuicio de la Administración, pues se estaría dejando en manos del concesionario determinar cuál es la obligación económica que como subvención debe asumir la Administración. De hecho, considera que el incremento constante de los importes de la subvención que viene abonando el Ayuntamiento al concesionario respecto a los que se consideraron en el momento de la adjudicación del contrato está rompiendo el equilibrio de la concesión en perjuicio de la Administración, que actúa vía interpretativa para mantener dicho equilibrio en los términos que fueron pactados.

Considera que la interpretación propuesta respeta el importe de la subvención previsto en la oferta del concesionario, aclarando los criterios interpretativos para el posible recálculo de la subvención, sin que sea obstáculo para ello la interpretación que previamente venía haciéndose del sistema de retribución del concesionario, toda vez que el artículo 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) permite apartarse del criterio seguido en actuaciones precedentes siempre que se motiven adecuadamente.

Se pretende con la interpretación propuesta que los concesionarios adecuen la gestión de los centros para que los déficits de los servicios concedidos no excedan de aquellos que ellos mismos estimaron y en base a los cuales solicitaron unos determinados importes de subvención.

**NOVENO.-** El 9 de mayo, la Dirección de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento evacua informe que no aprecia impedimento jurídico para continuar la tramitación del procedimiento interpretativo.

**DÉCIMO.-** El 15 de mayo, la Jefe de Servicio de Contratación, Suministros y Responsabilidad Patrimonial formula informe-propuesta comprensivo de la interpretación pretendida, que es del siguiente tenor literal: *"el importe de la subvención a abonar para los restantes años de vigencia de la referida concesión, será en principio el que fue*

*fijado en el Plan Económico-Financiero presentado por la misma con su oferta, previa justificación del mismo en las cuentas anuales, siendo el presupuesto necesario para que proceda tal abono que en las cuentas anuales que se presenten exista un desequilibrio entre costes e ingresos globales de la concesión, pues si con los ingresos (tanto del programa deportivo como de servicios opcionales y, en su caso, zonas de explotación comercial) lograra cubrirse los costes totales de cada año (lo que sería el resultado óptimo a conseguir) no procedería abono de subvención al no existir desequilibrio que pudiera dar lugar a ella. El recálculo anual de subvención previsto en la cláusula 4.3 del Pliego de Condiciones que rige el contrato de referencia procedería cuando las desviaciones que puedan presentar las cuentas anuales respecto de lo previsto en el plan financiero presentado por el concesionario en su oferta sean imputables a decisiones municipales impuestas al concesionario, en los términos señalados tanto en la parte expositiva como en el informe de la Comisión técnico-jurídica, que sirvió de fundamento al acuerdo de la Junta de Gobierno de 12 de marzo de 2014 y que fue notificado al concesionario".*

En el mismo informe y sobre la base de las consideraciones efectuadas por la Comisión Técnico-Jurídica reseñadas en el Antecedente Noveno, se desestiman las alegaciones del concesionario.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico de la Región de Murcia el pasado 23 de mayo de 2014.

Con posterioridad, el 3 de junio, se recibe documentación complementaria relativa al procedimiento de contratación de la concesión de obra pública sobre cuya interpretación versa el presente Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De conformidad con el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en concordancia con el 211.3, a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRL CSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, la consulta se ha formulado en el seno de un procedimiento de interpretación del contrato administrativo, lo que convierte el presente Dictamen en preceptivo, al haberse formulado oposición por parte de la contratista.

En el presente caso, cabe apreciar la existencia de una cuestión de interpretación, pues si bien no siempre es fácil diferenciar entre la simple aplicación del contrato administrativo (en este caso, la concesión) y la existencia de una cuestión de interpretación en sentido estricto, el Consejo de Estado, en el desempeño de su función consultiva, ha considerado que podría estimarse como dato indicativo de la existencia de una cuestión relativa a la interpretación de un contrato, *"la oposición misma del contratista a la aplicación de alguna o algunas cláusulas del contrato, no por una simple negativa a cumplirlas, sino por discrepancias sobre el sentido y alcance de las mismas"* (Dictamen de 4 de julio de 1985). Tal discrepancia ha surgido en el presente expediente respecto a las causas que pueden llevar a efectuar un recálculo de la subvención anual establecida en la oferta del concesionario como forma de

equilibrar económicamente la concesión, en particular si dicha nueva cuantificación ha de proceder sólo cuando las desviaciones que presenten las cuentas anuales respecto de lo previsto en el plan económico-financiero presentado por el concesionario sean imputables a decisiones municipales impuestas al concesionario. Respecto a dicha cuestión es claro que se ha suscitado una discrepancia entre la Administración concedente y el concesionario sobre el sentido y alcance que había de darse al clausulado del contrato, habiendo este último manifestado su oposición a la interpretación propugnada por la Administración concedente, razón por la cual no cabe duda del carácter preceptivo con que se evacua la presente consulta.

## **SEGUNDA.- Competencia y régimen jurídico aplicable.**

### **I. Competencia.**

Adjudicado el contrato que nos ocupa por la Junta de Gobierno del Ayuntamiento, la interpretación de aquél corresponde también a dicho órgano (artículo 210 TRLCSP y 97.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en lo sucesivo RGCAP).

### **II. Régimen jurídico.**

Vista la fecha de adjudicación del contrato cuya interpretación se pretende (29 de marzo de 2006), la normativa de aplicación viene constituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), aprobado por Real Decreto 2/2000, de 16 de junio, y el RGCAP, en aplicación de lo previsto en la Disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y del TRLCSP.

A tenor del artículo 59.1 TRLCAP, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento. Con similar redacción el artículo 210 TRLCSP atribuye a dicho órgano la citada prerrogativa, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la referida Ley.

En cambio, y de acuerdo con reiterada doctrina del Consejo de Estado (entre otros, Dictámenes números 1767/2005, 2315/2004, 2314/2004, 2382/2003, 142/2003, 8/2003, 1598/2002, 527/2000 y 3437/99), la determinación de la Ley aplicable al procedimiento y a la competencia del órgano que debe acordarla se rige por criterios diferentes, distinguiendo a efectos de régimen transitorio entre aspectos materiales y procedimentales y aplicando a estos últimos la norma bajo cuya vigencia se inicia el procedimiento en cuestión.

El procedimiento de interpretación contractual se incoa de oficio por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 12 de marzo de 2014, por lo que a efectos de considerar la normativa aplicable al procedimiento, ésta será la contenida en el TRLCSP y en el RGCAP, en lo que no se oponga al citado texto refundido.

### TERCERA.- El procedimiento de interpretación contractual.

I. El artículo 97 RGCAP somete la interpretación de los contratos a un procedimiento formalizado y contradictorio que consta de propuesta inicial de la Administración, audiencia de la contratista e informe del servicio competente, informes de la Asesoría Jurídica e Intervención, resolución motivada del órgano que haya celebrado el contrato y su posterior notificación al contratista.

No obstante, cuando con ocasión del trámite de audiencia conferido a la contratista ésta muestre su oposición a la interpretación propuesta por la Administración, con carácter previo a la resolución ha de obtenerse el Dictamen del órgano consultivo correspondiente (211.3, letra a, TRLCSP), en este supuesto, el del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

En el caso sometido a consulta cabe considerar que se han cumplido las formalidades exigidas, sin que se aprecien carencias esenciales.

II. De la alegada exigencia de una divergencia previa entre las partes del contrato para que la Administración pueda ejercer su prerrogativa de interpretación.

Afirma el artículo 59 TRLCAP que el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de "*interpretar los contratos*" y "*resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento*". Si bien en una primera aproximación pudiera parecer que el precepto es redundante, pues las dos fórmulas utilizadas podrían ser consideradas como sinónimas o referidas a una misma realidad, la doctrina viene considerando que la redacción del artículo debe atender a una finalidad concreta y entiende que las facultades de interpretación no exigen propiamente una divergencia previa entre las partes, mientras que la de resolución de las dudas sí que requiere que previamente el contratista haya manifestado una voluntad no concorde con la propia de la Administración en el entendimiento de una determinada cláusula.

III. De la aplicación del instituto de la caducidad en los procedimientos de interpretación contractual.

El artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), dispone que en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa producirá su caducidad.

Para la aplicación de la caducidad en el ámbito de la contratación administrativa ha de partirse, en primer lugar, de la determinación de si nos encontramos ante un verdadero procedimiento autónomo o específicamente establecido y dibujado con perfiles propios por la legislación de contratos o si, por el contrario, se trata de una mera incidencia en la ejecución del contrato. Y ello porque el Tribunal Supremo, en sentencia entre otras de 28 de febrero de 2007, recuerda que cuando el artículo 42.2 LPAC establece la obligación de la Administración Pública de resolver los procedimientos iniciados, advierte que ha de hacerlo en el plazo "*fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento*", de modo que si la cuestión suscitada se refiere a la ejecución del contrato, no



estaríamos ante un procedimiento autónomo, toda vez que la normativa contractual no lo contempla como tal. Sólo lo hace, según la indicada sentencia, respecto de *"las peticiones de clasificación de contratistas, modificación, cesión o resolución del contrato o peticiones de atribución de subcontratación. La ejecución del contrato y todas sus incidencias debe reconducirse al procedimiento contractual de adjudicación del contrato, porque en ese expediente se recogen el conjunto de derechos y obligaciones de las partes"*.

Conforme a la indicada doctrina, la interpretación de los contratos administrativos no conformaría propiamente un procedimiento autónomo o específico, por lo que no le sería aplicable la institución de la caducidad, sino que se trataría de un mero expediente de resolución de incidencias en la ejecución del contrato que habría de reconducirse al procedimiento más genérico de adjudicación. Así puede deducirse, también, del tratamiento reglamentario de los expedientes de interpretación, que el artículo 97 RGCAP regula bajo el epígrafe *"resolución de incidencias surgidas en la ejecución de los contratos"* y cuyas prescripciones serían aplicables *"salvo lo establecido en la legislación de contratos de las Administraciones públicas para casos específicos"*.

Asimismo, la STSJ Galicia 544/2005, de 23 de junio, señala que el artículo 44.2 LPAC *"se refiere a los procedimientos en los que la Administración ejercite facultades sancionadoras o de intervención, calificativos que no corresponden a los que tienen por objeto la interpretación de los términos de un contrato y su ajuste a la legalidad aplicable. Por ello tiene que ser rechazada la alegación de caducidad"*.

Ha de considerarse, no obstante, que el artículo 211 TRLCSP, a diferencia de la normativa vigente en el momento en que el Tribunal Supremo dictó la citada doctrina (art. 59 TRLCAP), ya sí alude expresamente a *"los procedimientos que se instruyan para la adopción de acuerdos relativos a la interpretación (...) del contrato"*, lo que podría entenderse como atribución de un carácter específico o autónomo a este tipo de procedimientos.

Además, como el procedimiento de ejercicio de la prerrogativa de interpretación contractual se encuentra predeterminado en buena medida en el propio TRLCSP (art. 211), que no sólo establece la preceptividad de determinados trámites, sino también la eficacia de los acuerdos que se adopten en su seno, y dado que la tramitación a seguir en dicha interpretación queda perfectamente delimitada por el artículo 97 RGCAP, dotándolo de notas similares a las de los procedimientos de resolución contractual, se ha propugnado (Consejo Consultivo de Canarias, Dictamen 3/2013) la extensión a estos procedimientos interpretativos de la doctrina jurisprudencial que de modo uniforme viene afirmando la aplicabilidad de la caducidad a los procedimientos de resolución de los contratos (por todas, STS de 28 de junio de 2011 y Dictámenes de este Consejo Jurídico 213/2009 y 161/2011, entre otros). También considera aplicable la caducidad en los procedimientos interpretativos el Consejo Consultivo de Andalucía (por todos, Dictamen 429/2012).

A la luz de lo expuesto y en atención a la finalidad de garantía que representa la caducidad, como reacción del ordenamiento jurídico frente al incumplimiento del plazo de resolución y notificación, ante un procedimiento iniciado de oficio con relevantes efectos onerosos para el contratista como el presente, considera el Consejo Jurídico que sería una medida de prudencia declarar la caducidad del procedimiento interpretativo, toda vez que a la fecha de emisión de este Dictamen ya habría transcurrido en exceso el plazo máximo para resolver y notificar el procedimiento, que sería el residual de tres meses, aplicable ante la ausencia de previsión expresa en la normativa reguladora de este tipo de procedimientos. En idéntico sentido, nuestro Dictamen 130/2013.

Y todo ello sin perjuicio, por supuesto, de la posibilidad de incoar uno nuevo con el mismo objeto.

#### **CUARTA.- Del riesgo y ventura del concesionario y del equilibrio económico de la concesión.**

I. La legislación de contratos española, tradicionalmente, ha venido reconociendo como elemento definitorio de la concesión de servicios la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario. En la medida en que la concesión de obras comparte, al menos parcialmente, la naturaleza jurídica de la de servicios, se entiende que el concesionario debe igualmente asumir los riesgos derivados de la explotación (Junta Consultiva de Contratación Administrativa, informe 69/09, de 23 de julio de 2010).

El artículo 220 TRLCAP entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración Pública concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de unas obras 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 la legislación de contratos.

A renglón seguido, el indicado precepto establece 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 en el propio TRLCAP, 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.

La trascendencia de la característica forma de retribución en este tipo de concesiones, ligada a la explotación de las obras concedidas, se refleja en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, al señalar que *"en la contratación administrativa el contratista asume el riesgo y la ventura del contrato. La razón por la que se subraya la específica aplicación de este principio al contrato de concesión de obra pública deriva de la necesidad de que la traslación de los riesgos se produzca efectivamente al concesionario porque lo contrario no haría sino encubrir un contrato de obra en el que el precio se sustituiría por la financiación pública. Se alteraría la esencia de la concesión de la obra si mediante la financiación pública directa o indirecta tal riesgo no existiera, frustrándose el objeto de la concesión, esto es, el ahorro de recursos públicos y la contribución privada en la financiación de las infraestructuras públicas"*.

El riesgo concesional, en definitiva, alcanza la condición de elemento esencial de este tipo de contratos, de forma que se transfiere al concesionario la responsabilidad técnica, financiera y la gestión de la obra, asumiendo los riesgos vinculados a los capitales invertidos y a la explotación, como es el relativo a la frecuentación del equipamiento por el público.

La asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario como nota definitoria de este tipo de contratos no es privativa del sistema español de contratación administrativa, sino que también inspira la normativa comunitaria. Así, la Comisión Europea, en su Comunicación interpretativa 2000/C 121/02, sobre las concesiones en Derecho comunitario señala que *"el derecho de explotación implica también la transferencia de la responsabilidad de la explotación, que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra (...) el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá soportar también los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación del equipamiento. (...) en una concesión de obras, los riesgos inherentes a la explotación se transfieren al concesionario (...) En conclusión, al derecho de explotación va unida la transferencia al concesionario de los riesgos resultantes de esa misma explotación (...) Si los poderes públicos*

*asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, la Comisión considera que se trata de un contrato público de obras y no de una concesión".*

Del mismo modo, si el concesionario recibe un importe fijo en concepto de explotación de la obra, la jurisprudencia europea niega que estemos ante una concesión de obra (STJCE de 13 de noviembre de 2008 (As. C-437/07, Comisión contra Italia), pues la garantía de la retribución del concesionario de obra pública elimina su riesgo en la ejecución del contrato, y la ausencia de riesgo del concesionario trae como consecuencia la calificación del contrato como de obras en lugar de concesión de obras públicas.

La presencia del riesgo concesional continua también muy presente en una norma europea que, aun no siendo aplicable por evidentes motivos cronológicos, sí resulta muy útil a efectos hermenéuticos sobre la concepción de la concesión de obras públicas en el Derecho comunitario: la nueva Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Su artículo 5 define la concesión de obras públicas como un *"contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar las obras objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago (...)* La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, 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 supondrá 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".

El Considerando 20 de dicha Directiva precisa el concepto de "riesgo operacional", al señalar que es el que deriva 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..."*

En el mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (Informe 22/2009, de 25 de septiembre), en relación al principio de riesgo y ventura en el contrato de gestión de servicios públicos, pero trasladable a la concesión de obras públicas por el carácter consustancial del riesgo de explotación en ambos tipos de concesión, señala que *"esta expresión sólo puede ser entendida en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consustancial al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella"*. Asimismo, afirma que es propio de este tipo de contratos que la cuantía de la remuneración del concesionario esté directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga aquél, de modo que *"su importe se vincule directamente con la demanda o la disponibilidad del servicio"*, precisando que el riesgo concesional *"supone que el resultado de la gestión ofrezca un grado tal de incertidumbre que, de antemano, no sea posible garantizar los ingresos del concesionario. El requisito esencial para ello, evidentemente, es que los ingresos derivados de la gestión del servicio que haya de percibir el concesionario no dependan exclusivamente de su mayor o menor grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en la concesión. El riesgo consiste en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenos a la voluntad del empresario"*.

En cualquier caso, tanto la normativa comunitaria como la española modulan el rigor en la exigencia de este principio de riesgo del concesionario. Y así, si bien no puede aceptarse un contrato de concesión de obras públicas en el que no exista un riesgo real para el contratista, especialmente en la fase de explotación, tampoco exige la norma que esa transferencia de riesgo sea total. Y ello porque al ser estos contratos de tan larga duración y exigir del contratista la anticipación de los elevados costes de construcción y la necesidad de su amortización durante años, un riesgo tan elevado generaría desconfianza entre los operadores económicos privados, cuya colaboración en la construcción de la obra pública y la posterior explotación del servicio a que aquella da soporte se pretende con este tipo de contratos.

De ordinario, la limitación del riesgo a soportar por el concesionario se logra admitiendo que el sistema de retribución de aquél contemple la posibilidad de establecer un precio que ha de pagar la Administración concedente junto al derecho de explotación de la obra, asumiendo aquélla, parcialmente, el coste de la explotación, y ello con una doble finalidad: garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión y aminorar el precio (tarifa) que debe pagar el usuario de las instalaciones concedidas.

Así lo recoge el artículo 225 TRLCAP, al señalar que el concesionario será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración de acuerdo con lo previsto en la misma Ley, *"debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario"*.

De donde se desprende que la aportación pública no debe ser tal que elimine el riesgo concesional, de modo que las subvenciones públicas a la explotación no alterarán necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación. Si, por el contrario, esas aportaciones públicas que completan la remuneración del concesionario derivada del cobro de las tarifas a los usuarios eliminan totalmente o desvirtúan el riesgo por él soportado (reembolsándole la financiación, compensando las pérdidas de explotación, asumiendo la responsabilidad por siniestros no debidos a órdenes directas de la Administración, etc.), ya no estaremos ante una concesión de obra pública, sino ante un contrato de obras. Señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en informe 63/2009, que *"el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir siempre que, considerado el término de vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aun cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto periodo o en relación a determinadas circunstancias"*.

En definitiva, y como ya señalamos en nuestro Dictamen 92/2009, también a consulta del Ayuntamiento de Murcia, *"el riesgo concesional alcanza la condición de elemento esencial de este tipo de contratos, de forma que se transfiere al concesionario la responsabilidad técnica, financiera y la gestión de la obra, asumiendo los riesgos vinculados a los capitales invertidos y a la explotación, como es el relativo a la frecuentación del equipamiento por el público"*.

II. En las concesiones, y esta nota es común tanto a las de servicios como a las de obras públicas, la aplicación del principio de riesgo y ventura del contratista, en cuya virtud éste asume los riesgos económicos de la explotación, ha de conjugarse con el deber de la Administración de mantener el equilibrio financiero de la concesión, principio importado de la doctrina francesa y que encuentra su fundamento en la necesidad fundamental de mantener la continuidad de la prestación del servicio público.



Señala el Tribunal Supremo, en sentencia de 21 de febrero de 1998, que el equilibrio económico-financiero de la concesión es un concepto jurídico indeterminado cuyo significado *"no puede ser otro, como entendió ya el Consejo de Estado Francés en su ejemplar Arrêt de 11 de marzo de 1910 -«Cie. Française des Trammways»- que la búsqueda, en la medida de lo posible, de «una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas», ventajas y obligaciones que «deben compensarse para formar parte de la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles», pues «en todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige» , que «es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión»".*

El artículo 248 TRLCAP dispone que el contrato de concesión de obras públicas deberá mantener su equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario, debiendo la Administración restablecer dicho equilibrio, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos: a) cuando la Administración modifique, por razones de interés público, las condiciones de explotación de la obra (el denominado *ius variandi*); b) cuando causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración (*factum principis*) determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión; y c) cuando se produzcan los supuestos que se establezcan en el propio contrato para su revisión, de acuerdo con lo previsto en los artículos 230.1.e) -en lo relativo al sistema de retribución del concesionario, con expresión de las fórmulas de revisión de precios, actualización de costes y repercusión sobre las tarifas del servicio- y 233.1.d) -sobre la incidencia en las tarifas, en las previsiones de amortización y en el plazo concesional, al menos, de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra-, ambos del TRLCAP.

En presencia de tales circunstancias, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan, que podrán consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra, la ampliación o reducción del plazo concesional, dentro de los límites fijados en el artículo 263 TRLCAP, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato, supuesto este último en el que puede englobarse el recálculo de las subvenciones o aportaciones públicas destinadas a mantener equilibrada la concesión.

En el régimen local, la plasmación de la obligación de mantener el equilibrio económico-financiero de la concesión se encuentra en los arts. 126.2.b), 127.2.º y 128.3.º del vetusto Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL). Así, el citado art. 126.2.b) dispone que en la retribución económica del concesionario, el equilibrio, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de la concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial. En interpretación de este precepto, la STS, 3ª de 30 de octubre de 1995, dirá que *"la retribución económica del concesionario de servicios públicos (contribuciones especiales, tasas y conjuntamente, o exclusivamente si el servicio fuese gratuito, subvención a cargo de la Administración) deberá resarcir al mismo el costo del establecimiento del servicio que hubiera satisfecho, los gastos de explotación y el normal beneficio industrial, por lo que en todo caso deberá ser calculada de modo que permita, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión dicho costo del establecimiento del servicio y cubrir tales gastos de explotación y normal beneficio industrial; b) que esta retribución económica del concesionario, en todo caso y en función de la necesaria amortización del costo del establecimiento del servicio, deberá mantenerse equilibrada durante el plazo de la concesión, tanto respecto de dicho costo que hubiera satisfecho como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial; c) que el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión es obligación de la Administración concedente (...); d) que en cualquier caso, este equilibrio en la retribución económica del concesionario deberá efectuarse prioritariamente a tenor de las bases que hubieran servido para el otorgamiento de la concesión".*

Los artículos 127.2.º y 128.3.º RSCL, por su parte, establecen como correlativo deber de la Administración concedente y derecho del concesionario (STS, 3ª, de 20 de diciembre de 1986) el de mantener el equilibrio

financiero de la concesión, previendo ora la compensación económica del concesionario por las modificaciones en el servicio que le ordenare la Administración que incrementaren los costos o disminuyeren la retribución (en atención al *ius variandi* de la Administración contratante o al denominado como *factum principis*), ora la revisión de las tarifas cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión (doctrina del riesgo imprevisible). En definitiva, *"la exigencia del mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión es una técnica dirigida a satisfacer el interés público, esto es, a garantizar la continuidad del servicio puesta en peligro por la onerosidad sobrevenida, bien por hechos imputables a la Administración o bien por eventos imprevisibles, radicando su fundamento en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas de la concesión -remuneración del concesionario y coste del servicio-"* (STSJ Cantabria, de 29 de abril de 1997).

Insiste en esa idea el Tribunal Supremo al señalar que la concesión *"está dominada por un criterio fundamental: mantener la continuidad de la prestación del servicio público. Y así, cuando no se sostiene la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige, para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión"* (STS, 3ª, de 2 de diciembre de 1988).

En idéntico sentido, la STSJ Valencia, 2069/2006, de 4 diciembre, dirá que *"el fundamento del necesario equilibrio económico que las partes deben mantener durante el desarrollo de la concesión se encuentra en la finalidad última de la misma, que es la de hacer viable la realización del servicio público que constituye su objeto, logrando así una continuidad en su prestación, y es por ello que el Tribunal Supremo ha manifestado que el mantenimiento de dicho equilibrio es un principio básico de la concesión, así como un deber de la Administración sin el cual aquélla no puede subsistir"* (STS 3ª Sec. 7ª, de 2 de octubre de 2000 -rec. 1991/1995 -, entre otras)".

Ahora bien, como señala la STSJ Cataluña, de 16 de julio de 2008, *"el mantenimiento del equilibrio económico no supone una garantía de un beneficio económico mínimo ni un seguro contra las pérdidas derivadas de la explotación del servicio. Se trata, por el contrario, de una coparticipación en los riesgos económicos de la explotación del servicio, que puede adoptar múltiples formas, tales como el incremento de las tarifas o el otorgamiento de una subvención que haga posible la continuidad de la prestación del servicio, lo que constituye la verdadera y única finalidad de esta institución"*.

Así también, la STS, 3ª, de 15 de octubre de 2012, precisa que el restablecimiento del equilibrio económico del contrato no equivale a garantizarle beneficios al concesionario ni la compensación integral de los perjuicios por él sufridos.

Valga aquí, como síntesis de lo expuesto, el siguiente fragmento de la STSJ Madrid de 19 de diciembre de 2013, conforme a la cual *"la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato y aplicada en los supuestos de la llamada doctrina de la imprevisión, o del hecho imprevisible ajeno a la actuación administrativa, y del llamado "hecho del príncipe" o "ius variandi", en el supuesto de que la Administración modifica las condiciones del contrato en perjuicio del contratista o concesionario, ha de relacionarse con el principio de "riesgo y ventura", ya que el equilibrio financiero es una fórmula que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa"*.

**QUINTA.-** La interpretación de la Cláusula Cuarta del Pliego.

El objeto de este Dictamen es la interpretación del régimen de retribución del concesionario de un contrato de concesión de obras públicas, cuya controversia propone resolver el órgano de contratación, en el ejercicio de la prerrogativa de interpretación unilateral que le reconoce el artículo 59 TRLCAP (actualmente, artículo 210 TRLCSP).

Al amparo del ejercicio de esta prerrogativa no ha de modificarse el contrato, variando el contenido de las obligaciones y prestaciones recíprocas de las partes, sino que persigue dar solución a aquellos supuestos en que los términos de ejecución del contrato no han quedado suficientemente definidos o bien a aquellos en que durante la ejecución surgen nuevas situaciones a las que es preciso dar respuesta sobre la base de los términos del contrato y, en principio, sin acudir a su modificación.

Por otra parte, la facultad de interpretar los contratos no implica que el órgano de contratación pueda atribuir al contrato el alcance que estime oportuno, sino que en tal cometido ha de guiarse por criterios previstos en el ordenamiento jurídico. En este sentido, a falta de disposición expresa en la normativa administrativa, ha de someterse a los criterios interpretativos establecidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil (C.c.), que resultan predicables también respecto de los contratos administrativos (art. 19.2 TRLCSP), y en la consolidada doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencia de 8 de julio de 2009).

La labor hermenéutica debe, pues, atender fundamentalmente a la voluntad manifestada por las partes que, teniendo en cuenta los contratos administrativos en cuestión, se encuentra plasmada en los documentos de formalización de los mismos y en el Pliego de cláusulas de condiciones. Como prevé el artículo 49.1 TRLCAP (115.2 TRLCSP), los PCAP incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y las obligaciones que asumirán las partes en el contrato. Por ello, y tal como ha manifestado este Consejo en numerosos Dictámenes, los pliegos constituyen norma fundamental para resolver todo lo relativo al cumplimiento y efectos de los contratos administrativos, puesto que en ellos se plasman los derechos y obligaciones de la Administración contratante y del contratista, lo que ha dado lugar a que se les considere como la "ley del contrato".

La Cláusula 4ª PCAP, destinada a regular el sistema de retribución del concesionario y transcrita en el Antecedente de Hecho Primero de este Dictamen, dispone, en lo que aquí interesa, que aquél percibirá el importe de las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento. Si la previsión de ingresos por tal concepto no alcanza para equilibrar el coste de la inversión más el de funcionamiento de la instalación, el licitador presentará propuesta de cifra anual de subvención a abonar por el Ayuntamiento, para mantener el equilibrio financiero de la concesión. En su caso, el importe de esta aportación pública se recalculará anualmente, a la vista de las cuentas anuales auditadas del concesionario y del acuerdo municipal de revisión de precios públicos y previo informe del Servicio de Deportes, con el objetivo de mantener el equilibrio financiero de la concesión.

La interpretación que por las partes del contrato se ha dado hasta ahora al principio de equilibrio financiero de la concesión recogido en dicha cláusula ha dado lugar a una traslación total de los riesgos de la explotación al Ayuntamiento, haciendo inefectivo el principio de riesgo y ventura del concesionario, pues la subvención municipal se ha convertido en un auténtico seguro de beneficios mínimos, que cubre las diferencias existentes entre ingresos y gastos en las cuentas anuales presentadas por el concesionario, compensando totalmente el déficit de explotación.

Lo expuesto es demostrativo de una errónea concepción acerca del equilibrio financiero de la concesión, pues, al

eliminar la subvención municipal cualquier riesgo para el concesionario, impide considerar el contrato como concesión de obras públicas. De hecho, dicha aportación pública se convierte en una retribución fija o estable (aunque variable en su cuantía) del concesionario, que se ve así cubierto por un verdadero seguro de pérdidas o déficits de gestión.

Ya se indicó *supra* que de conformidad con el art. 127.1 RSCL, el equilibrio de la concesión, a tenor de las bases que hubieren servido para su otorgamiento, deberá mantenerse en todo caso y en función de la necesaria amortización, durante el plazo de la concesión, del coste de establecimiento del servicio que hubiere satisfecho, así como de los gastos de explotación y normal beneficio industrial (art. 126.2 RSCL).

La concepción normativa del equilibrio financiero en el RSCL nos la ofrece el artículo 127.2,2ª, en relación con el 128.2 y 129.3 y 4. La interpretación conjunta de estos preceptos exige que, al calcular la retribución del concesionario, se prevea su suficiencia para, mediante una buena y ordenada administración, amortizar durante el plazo de la concesión el coste de establecimiento del servicio y cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial. Ahora bien, la retribución en forma de subvención no puede constituir una garantía de rendimiento mínimo ni cualquier otra modalidad susceptible de estimular el aumento de gastos de explotación ni, en general, una gestión económica deficiente por el concesionario y el traslado de las results de la misma a la Entidad concedente, pues ello haría inefectivo el principio de riesgo y ventura del contratista.

Estas premisas debieron servir de base para el cálculo inicial de la retribución, como también debería haberse exigido a los licitadores el cumplimiento de lo establecido en el artículo 233.1, d) TRLCAP, en cuya virtud, en el plan económico-financiero que habían de acompañar a la oferta, debía ser objeto de consideración específica la incidencia sobre los diversos extremos económicos de la concesión (tarifas, previsiones de amortización, plazo, etc.) de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra, cuando no alcancen o cuando superen los niveles mínimo y máximo, respectivamente, que se consideren en la oferta, toda vez que ello permite establecer con mayor precisión el riesgo de demanda que asume el concesionario y aquellos márgenes dentro de los cuales la explotación permanece en equilibrio y a partir de los cuales, si no se alcanzan o se sobrepasan los niveles de frecuentación de las instalaciones considerados, es necesario proceder al reequilibrio de la concesión.

Así se recogía en la Exposición de Motivos de la Ley13/2003, según la cual se prevé, en virtud de lo dispuesto en el referido art. 233.1, letra d) que *"el concesionario quede contractualmente comprometido, con arreglo a su propia oferta, con un nivel mínimo y otro máximo de rendimientos totales para cada concesión, de suerte que, si no se alcanzara el primero o se sobrepasara el segundo durante el período que en cada caso se determine, procederá la revisión del contrato. En su virtud, se incorporan al propio contrato los términos de revisión del mismo por las variaciones que se produzcan en los rendimientos derivados de la utilización de la obra (art. 248.2, letra c, TRLCAP). Con ello se asegura, a la vez, la justa retribución del esfuerzo y riesgo empresariales y el sacrificio razonable del usuario de la obra pública"*.

De la lectura del expediente se advierte, sin embargo, que tales exigencias no se cumplieron, de modo que, lejos de establecerse un rango de niveles -entre un máximo y un mínimo- de equilibrio de la concesión, se fijó un único punto de equilibrio, a saber, que los ingresos (procedentes de las tarifas abonadas por los usuarios más las aportaciones públicas) cubrieran los costes de inversión o construcción de la obra más los de funcionamiento (Cláusula 4.3 PCAP). Éste es el equilibrio inicial de la concesión, en los términos en que fueron considerados para su adjudicación y el que ha de mantenerse durante toda la vida de la misma, ex artículo 248.1 TRLCAP.

Ese equilibrio se fijó inicialmente conforme a las previsiones de ingresos y gastos contenidas en el plan económico-



financiero presentado por los licitadores junto con sus ofertas, en los cuales se contenía una propuesta del importe de la subvención a abonar por el Ayuntamiento durante toda la vida de la concesión, y cuya finalidad es la de mantener el equilibrio financiero de la concesión.

En el referido plan económico del adjudicatario el importe de la subvención propuesta asciende a la diferencia aritmética entre los ingresos y los gastos previstos para cada año de vida de la concesión, conforme a las variables y estimaciones de evolución de factores con incidencia económica que allí se contemplan (inflación, variación de la frecuentación de la instalación, etc.). Estas previsiones son formuladas libremente por los licitadores, que las integran en su oferta, quedando vinculados por ellas, de forma que el error en tales previsiones iniciales -que además fueron tenidas en cuenta como un elemento crucial de valoración para la adjudicación del contrato (Antecedente de Hecho Primero de este Dictamen)- no tendría por qué ser asumido por la Administración concedente, restableciendo un equilibrio económico que fue erróneamente fijado por el concesionario al inicio de la concesión. Así, la STS de 25 de enero de 2013, señala que *"si el equilibrio económico del contrato se calculó mal ab origine, no cabe pretender su restablecimiento con posterioridad, en un marco de subsistencia del contrato. El TRLCAP regula en su art. 248.2 los supuestos en que es posible el restablecimiento del equilibrio económico en términos taxativos, que no permiten su extensión al eventual ajuste de cálculos económicos previstos erróneamente ab origine, que es de lo que aquí se trata"*.

Desde esta perspectiva, la interpretación propuesta por el Ayuntamiento sería correcta, aunque sólo de forma parcial. Así, según la Corporación consultante, el equilibrio inicial del contrato vendría determinado por la oferta del concesionario, en la que se incluye el importe de la subvención que persigue equilibrar el déficit existente entre los ingresos derivados de la frecuentación de la instalación por el público y los costes previstos (de amortización de la obra, más los financieros, más los de explotación, incluido el beneficio industrial). Si la empresa yerra en sus previsiones iniciales, tal error no puede ser trasladado a la Administración en la forma de exigencia de una mayor subvención, sino que habrá de ser asumido por el concesionario como parte del aleas empresarial que le corresponde por el riesgo operacional o de explotación de la obra y del servicio en cuestión. De modo que, sólo si el equilibrio de la concesión se rompe por una causa imputable a la Administración (*ius variandi o factum principis*), ésta vendría compelida a su restablecimiento en virtud de lo establecido en el artículo 248 TRLCAP.

En definitiva, para el Ayuntamiento el equilibrio económico del contrato se alcanza y mantiene con el importe de la subvención propuesta por el concesionario en su oferta, de forma que sólo variará dicha aportación pública cuando concurra alguno de los supuestos establecidos en la normativa de contratos que obligan a la Administración a restablecer el referido equilibrio financiero, por resultar a ella imputables.

En esta interpretación, el importe de la subvención no sería variable, por haber quedado plenamente determinado en la oferta del adjudicatario, salvo que se rompiera la ecuación financiera del contrato por causa imputable a la Administración. Sólo en tal supuesto procede recalcular el importe de la subvención anual, para lo que habrá de atenderse a dos referencias obligadas, a saber, las cuentas anuales y el cuadro de tarifas aprobadas.

Sin embargo, entiende el Consejo Jurídico que dicho entendimiento de la Cláusula en cuestión tampoco resuelve de forma satisfactoria esa permanente tensión entre el principio de riesgo y ventura del concesionario, consustancial a este tipo de contratos, y el principio de remuneración suficiente y de mantenimiento del equilibrio financiero de la concesión, que se configura como un verdadero derecho del concesionario a atenuar los rigores del riesgo concesional ante determinadas circunstancias y mediante diversas técnicas que deben ser aplicadas con prudencia (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, Informe 24/2013, de 25 de noviembre). Sin olvidar, asimismo, que el equilibrio financiero de la concesión fue fijado inicialmente como la diferencia contable entre ingresos y gastos previstos y así se ha venido interpretando hasta la fecha por ambas partes.

En realidad, la Cláusula 4.3 PCAP, al disponer la posibilidad de proceder al recálculo anual de la aportación municipal, establece una precisión acerca del modo en que habrá de procederse al reequilibrio financiero del contrato en caso de ruptura de la economía de la concesión. En tal supuesto, el importe de la subvención anual habrá de equilibrar los costes reales del contrato con los ingresos derivados del mismo, razón por la que se exige estar a las cuentas anuales auditadas del concesionario. En cuanto a la referencia que la cláusula contiene al acuerdo municipal de revisión de precios públicos, estima el Consejo Jurídico que no ha de considerarse como una restricción de los motivos que pueden dar lugar al reequilibrio de la concesión, como parece pretender el Ayuntamiento -de modo que sólo procedería reequilibrar la concesión si se alteraran los precios públicos aprobados por la Corporación-, sino que ha de entenderse en el sentido de que la modificación de la subvención a otorgar no es el único medio para lograr el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato (STS, 3ª, de 3 de diciembre de 2012), sino uno más entre varios posibles, toda vez que también deberán considerarse las demás medidas de reequilibrio contempladas en el artículo 248.2 TRLCAP, singularmente la posibilidad de enjugar el déficit de explotación mediante una modificación de las tarifas o precios públicos aprobados por el Ayuntamiento para la utilización de las instalaciones.

En cualquier caso, y aunque conforme a lo expresado en los párrafos precedentes la interpretación propuesta por el Ayuntamiento no se considere adecuada, lo cierto es que el importe de la subvención anual resultante del recálculo previsto en la Cláusula 4.3 PCAP no tiene por qué coincidir necesariamente con la diferencia contable entre ingresos reales y costes (amortización de las obras más funcionamiento de las instalaciones) que arrojen las cuentas de la empresa, pues ello podría llevar a una absoluta traslación del riesgo de explotación al Ayuntamiento, lo que, como se ha indicado, resulta contrario no sólo a la naturaleza de la concesión de obras públicas, sino también a la finalidad con que la normativa de contratos contempla la subvención de la Administración concedente en este tipo de contratos, la cual, de conformidad con el artículo 247 TRLCAP atiende, estrictamente, a la necesidad de garantizar la viabilidad económica de la explotación.

La subvención no debe considerarse como una retribución fija del concesionario, a modo de un seguro de beneficios o de cobertura de todo tipo de riesgos operacionales, sino como una medida que persigue evitar la quiebra de la concesión ante una *"desproporción objetiva y evidente, además de extraordinaria y no justificada"* (Dictamen Consejo Consultivo de Aragón, 52/2013) en la onerosidad de las prestaciones que corresponde a las dos partes del contrato, como instrumento que permita la continuidad de la prestación del servicio público. En esa continuidad prestacional radica el interés público que ha de ser considerado en el restablecimiento del equilibrio financiero del contrato a que alude el artículo 248 TRLCAP. Y en este sentido, afirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de julio de 2010, que *"una cosa es mitigar dicho desequilibrio y otra distinta desplazar a la Administración el riesgo económico que es consustancial a la explotación del servicio. No se trata, en definitiva, ni de una garantía de beneficio para el concesionario ni de un seguro que cubra las posibles pérdidas económicas por parte de aquél, sino de una institución que pretende asegurar, desde la perspectiva de la satisfacción del interés público, que pueda continuar prestándose el servicio en circunstancias anormales sobrevenidas (cfr. Artículo 129.4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), por lo que es necesario en cada caso concreto acreditar que el desequilibrio económico es suficientemente importante y significativo para que no pueda ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación..."*

Así pues, el recálculo de la subvención a la explotación, como técnica de restablecimiento del equilibrio financiero del contrato, permite ajustar la retribución del concesionario en el contexto de la oferta inicial, lo que excluye que se puedan considerar como costes a integrar en dicho equilibrio extremos o cuestiones distintas a las ofertadas, que deberán ser asumidas como riesgo del concesionario. Tampoco ese equilibrio debe pretender satisfacer las previsiones del plan económico-financiero elaborado por la empresa, de modo que ésta habrá de asumir los errores contenidos en él. Por el contrario, sí habrán de ser tomadas en consideración a tal efecto, además de aquellas alteraciones en la economía de la concesión derivadas de decisiones imputables a la Administración concedente, la concurrencia de hechos imprevisibles que, aun aplicando una buena y ordenada gestión

empresarial, alteran la regla natural del reparto de riesgos, generando una mayor y desproporcionada onerosidad sobrevenida en el concesionario.

Al respecto, señala la JCCA Aragón en el informe citado supra, que *"si existen elementos económicos que permitan justificar que se han alterado los parámetros económicos de la explotación -sobre los que de buena fe y sin abuso de derecho formularon sus proposiciones los distintos licitadores-, podría existir un desequilibrio financiero con la oferta de la concesionaria que no sería imputable a una deficiente gestión de ésta (...) que altera el reparto de riesgos pactado. (...) lo que debe permitir el reequilibrio de la concesión en tanto existe un claro efecto perturbador sobre el sistema de retribución y reparto de riesgos, no previsto ni previsible, ajeno a la diligencia empresarial del concesionario tanto en el momento de formular su oferta como de la forma de gestión del modelo concesional, que pone en serio peligro la economía del contrato en los términos pactados"*.

En consecuencia y frente a la interpretación de la Cláusula propuesta por el Ayuntamiento, que únicamente admite el reequilibrio de la economía de la concesión mediante el recálculo de la subvención cuando aquélla se haya quebrado por actuaciones imputables a la Administración, considera el Consejo Jurídico que procederá recalcular la subvención para restaurar el equilibrio de la concesión previamente alterado, cuando a la luz de las cuentas anuales auditadas y una vez descartada la posibilidad de corrección total o parcial actuando sobre las tarifas del servicio, dicho desequilibrio sea tan importante y desproporcionado que se ponga en peligro la viabilidad de la concesión y la prestación misma del servicio en caso de no corrección, y siempre que sus causas no sean imputables al concesionario y éste haya desarrollado una buena y ordenada administración, para amortizar el coste de establecimiento del servicio, cubrir los gastos de explotación y un margen normal de beneficio industrial. La justificación de tales extremos constituirá el contenido sustancial del informe del Servicio de Deportes a que se refiere la Cláusula objeto de interpretación.

En cualquier caso, la aplicación de estos criterios, que se desprenden no sólo de los pliegos, sino del conjunto normativo regulador de los contratos administrativos y de la jurisprudencia, no parece precisar de un previo procedimiento específico de interpretación de la Cláusula 4 PCAP al amparo del artículo 59 TRLCAP, pudiendo ser objeto de consideración cada vez que se solicite por el concesionario el reequilibrio financiero de la concesión.

#### **SEXTA.- Actuaciones alternativas.**

Comoquiera que el cambio interpretativo propuesto se pretende justificar por la Administración en las limitaciones económicas y en las exigencias de la estabilidad presupuestaria, extremos ambos reconducibles al concepto de interés general o interés público, se indica al Ayuntamiento que se viene aceptando que tales causas pueden amparar modificaciones contractuales para minorar el coste de los servicios, con el consiguiente reajuste de las prestaciones objeto de los contratos.

En efecto, como señalábamos en la Memoria de este Órgano Consultivo correspondiente al año 2012, la crisis económica y financiera global ha incidido de forma sustancial en el ámbito presupuestario de las Administraciones Públicas. La necesidad de alcanzar la estabilidad presupuestaria que garantice una adecuada financiación del sector público que permita, entre otras cosas, continuar con la prestación de los servicios públicos, base del Estado del bienestar, provocó una modificación del artículo 135 de la Constitución Española (CE), con el fin de incorporar al texto constitucional el principio de estabilidad presupuestaria. En el apartado 1 del citado precepto se recoge ahora que todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria, con una mención específica en su apartado 2 al equilibrio presupuestario de las Entidades Locales.

Con amparo en este mandato constitucional se aprueba la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF), en cuyo Preámbulo se afirma que *"el principio de estabilidad presupuestaria se define como la situación de equilibrio o superávit. Se entenderá que se alcanza esta situación cuando las Administraciones Públicas no incurran en déficit estructural. Este principio se refuerza con el de sostenibilidad financiera, que consagra la estabilidad presupuestaria como conducta financiera permanente de todas las Administraciones Públicas"*. El artículo 7, por su parte, tras disponer que la gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del sector público, exige que los contratos habrán de *"valorar sus repercusiones y efectos, y supeditarse de forma estricta al cumplimiento de las exigencias de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera"* (apartados 2 y 3).

En dicho contexto, desde la Ley 6/2011, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2012, se viene estableciendo que *"en los contratos administrativos adjudicados por cualquier ente integrante del sector público regional con anterioridad al 6 de marzo de 2011, se considerará realizada por motivos de interés público toda modificación que, con la finalidad de posibilitar el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria fijado para el ejercicio 2012, se proponga la reducción del volumen de obligaciones o ampliación del plazo de ejecución del contrato"* (Disposición adicional decimonovena, apartado 3, Ley 13/2013 de 26 diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2014).

Aunque esta última Ley como otras similares aprobadas en otras Comunidades Autónomas, por su ámbito, no resulte de aplicación directa al Ayuntamiento de Murcia, sí que resulta útil a efectos hermenéuticos, toda vez que permite residenciar en el concepto jurídico indeterminado del interés público aquellas justificaciones o motivaciones que persiguen limitar el volumen de gasto de las Administraciones Públicas en sede de contratación administrativa.

Ya en el ámbito específicamente local, el Real Decreto-Ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, establece la obligación de efectuar un plan de ajuste presupuestario en orden a equilibrar ingresos y gastos, con una expresa previsión relativa a *"la adecuada financiación de los servicios públicos prestados mediante tasa o precios públicos"* (art. 7.2, letra c).

Sin otra finalidad que apuntar a la Corporación consultante la posibilidad de explorar esta vía si lo considerara oportuno, se indica que diversos órganos consultivos se han pronunciado ya de modo favorable a la viabilidad de la modificación de los contratos por razones de ajuste presupuestario (Dictamen 6/2010, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha; Dictamen 146/2011, de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Cataluña; Dictamen 275/2011, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid; o Dictamen 61/2014, de este Consejo Jurídico), con sujeción a los requisitos y exigencias que para el ejercicio de esta prerrogativa establece la normativa sobre contratos administrativos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## CONCLUSIONES



**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la interpretación propuesta por el Ayuntamiento consultante para la Cláusula 4.3 PCAP, en la medida en que pretende restringir las causas que determinan la necesidad de proceder al restablecimiento del equilibrio financiero del contrato a aquellas que sean imputables a la propia Corporación, lo que no se considera ajustado ni al clausulado que rige la concesión ni a la normativa contractual, conforme a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** La interpretación que de la referida Cláusula entiende el Consejo Jurídico que se ajusta más a la naturaleza del contrato en cuestión, a su clausulado y a la normativa aplicable, se contiene en la Consideración Quinta *in fine* de este Dictamen.

**TERCERA.-** En cualquier caso y dada la finalidad de control del gasto que inspira la interpretación municipal, puede valorar el Ayuntamiento las posibilidades de actuación sobre el contrato que, amparadas en la normativa relativa a la sostenibilidad de los servicios públicos y la estabilidad presupuestaria, se indican en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

