



INFORME DE INTERVENCIÓN GENERAL

ASUNTO: MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE LA PISTA DE HIELO

Con fecha de registro de entrada 6 de febrero de 2018, El Presidente de la Corporación, solicita informe a esta Intervención General, en virtud de lo establecido en el artículo 78.1 del Reglamento Orgánico del Pleno, sobre si es conveniente para el interés público municipal, en base al expediente que se adjunta, la modificación de la fórmula de actualización de precios del contrato de actividades de la pista de hielo de Vitoria-Gasteiz.

A este respecto, esta Intervención General emite el siguiente informe:

I.- ANTECEDENTES:

- Datos relevantes del contrato:

- Objeto: Construcción-Explotación de una pista de hielo y la posterior acción contratada por el Ayuntamiento para el desarrollo de las actividades previstas en los Pliegos.
- Fecha formalización contrato: 18 de diciembre de 2006.
- Duración del contrato: 25 años.
- Tipo de contrato: Contrato Administrativo especial.
- Regulación: Real Decreto Legislativo 2/2000, de 15 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. (En adelante TRLCAAPP).

- Recurso de reposición: el contratista, en fecha 8 de septiembre de 2017, interpone recurso de reposición frente al Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 9 de agosto de 2017, de desestimación de la solicitud de modificación de la fórmula de revisión del precio con efectos al ejercicio 2017; si bien pide se acuerde la modificación de la fórmula en términos más amplios.

El recurso se basa en reclamar el derecho del adjudicatario al resarcimiento por la inversión realizada en base a la errónea configuración de la fórmula de actualización de precios.

- Informes técnicos del Departamento de Hacienda e Informe jurídico, que forman parte del expediente entregado: en los que, se justifica la perversión de la fórmula de revisión ante determinados valores del euríbor y se propone la estimación parcial del recurso de reposición modificando tanto la fórmula de revisión de precios.



Udala II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

www.vitoria-gasteiz.org

- La decisión de la modificación del contrato no puede ampararse en la pura voluntad de la Corporación, sino que debe quedar justificada y siempre desde la perspectiva del interés público (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 1991).

- La fórmula de revisión de precios, es "invariable", tal como se recoge en el TRLCAAPP (artículo 104.3) y en posteriores leyes de contratación del sector público, así como en el informe 59/03, de 7 de junio de 2004 de la Junta Consultiva de Contratación. Sin embargo, a pesar de esa invariabilidad que recoge el citado artículo 104.3, se permite en el artículo 103.3 del mismo TRLCAAPP, recoger y establecer en los pliegos la improcedencia de la aplicación de la fórmula de revisión contemplada en los mismos, mediante resolución motivada.

- Las cláusulas de revisión de precios son cláusulas tendentes a lograr el mantenimiento del equilibrio económico (Informe 5/2016, de 8 de julio de 2016 de la Xunta Consultiva de Contratación Administrativa).

- En el expediente examinado se contemplan informes técnicos del Departamento de Hacienda del Ayuntamiento, que concluyen que la fórmula de revisión de precios, en su factor financiero (primer componente de la fórmula de revisión), es errónea cuando el valor del euríbor de la fórmula de ese factor, se sitúa en valores cercanos a cero y negativos, así como en valores "anormales" (vease informe de fecha 13 de febrero de 2018 del Servicio de Contabilidad que forma parte de este expediente sobre el que se informa). Con esos valores, la aplicación de la fórmula pierde su sentido, no respondiendo su resultado con el mantenimiento del equilibrio económico que debe perseguir la fórmula tanto para el contratista como para el contratante.

Respecto a si en el momento de aprobación de este contrato, pudo haber sido previsible que el euríbor pudiera tomar esos valores que desvirtúan la fórmula; esta Intervención General entiende que el contratante (el Ayuntamiento) no es una institución financiera con las habilidades y conocimientos de este tipo de Entidad, y que por tanto, en el momento de celebración de este contrato, difícilmente pudiera achacarsele un mal proceder por no haber previsto un escenario financiero que contemplara esos valores del euríbor que desvirtúan la fórmula, más aún cuando en ese momento, los tipos de intereses en España jamás habían alcanzado valores negativos, ni siquiera próximos a cero, tal como se puede constatar en las series estadísticas de la evolución de los tipos de interés publicados por el Banco de España. Es por ello, que podría defenderse que la situación anómala que se recoge en los informes técnicos y en el recurso de reposición del contratista, es una circunstancia imprevisible en el momento de aprobación de este contrato.



- Respecto a la posibilidad de modificación del contrato, cuando en supuestos como éste la misma no está contemplada en los Pliegos, resaltamos la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de Abril de 2004 en el asunto C-496/99, Comisión/CAS Succhi di Frutta. La cual ofreció un criterio que salvaba el escollo de las modificaciones no previstas, al permitir que, cuando no se hubiese previsto la modificación en el condicionamiento del contrato, puedan efectuarse alteraciones que cumplan los 3 requisitos siguientes: que concorra interés público; que medien circunstancias realmente imprevisibles; y que no afecten a ninguna condición esencial o importante de la licitación.

- Si se admitiera, la posibilidad de modificación de este contrato, a juicio de esta Intervención General, la misma surtiría efectos desde su aprobación por el órgano de contratación una vez advertida por el contratista la situación que pudiera desencadenar la ruptura sustancial del equilibrio financiero. Una aplicación retroactiva de tal restablecimiento, conllevaría una excesiva excepción del principio de riesgo y ventura en perjuicio de la Administración.

III.- CONCLUSIONES:

- Artículos legislativos, dictámenes y jurisprudencia de aplicación en las conclusiones:

- Artículo 101.1 del TRLCAAPP: "...el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente".

- Artículo 104.3 del TRLCAAPP: "El índice o fórmula de revisión aplicados al contrato será invariable durante la vigencia del mismo...".

- Artículo 103.3 del TRLCAAPP: "El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá detallar la fórmula o sistema de revisión aplicable y, en resolución motivada, podrá establecerse la improcedencia de la misma que igualmente deberá hacerse constar en dicho pliego".

- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1986: "en los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, en especial en los que adoptan la modalidad de "concesión" (en cuya virtud el empresario-concesionario gestiona el servicio a su riesgo y ventura), la mayor onerosidad sobrevenida, bien resulte de una modificación del objeto mismo del contrato impuesto unilateralmente por la Administración (ius variandi) o de una decisión de ésta producida fuera del ámbito contractual propiamente dicho (factum principis) o bien provenga de acontecimientos imprevistos e imprevisibles en el momento de celebrar el contrato, ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo, parcialmente, con el concesionario, el riesgo y ventura de la explotación (es decir, las consecuencias, que puedan



derivar de los eventos, inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a la construcción de la ecuación inherente a la misma), mediante un reparto equitativo de los perjuicios o una indemnización total o parcial de los detrimentos, con el fin de, siguiendo el principio de "rigidez del servicio público y flexibilidad del contrato", mantener el equilibrio financiero de este último y evitar el colapso total que por impotencia económica progresiva del contratista, sufriría el servicio concedido y el interés público a él anejo; y, a tal efecto, dicha coparticipación o colaboración, cuya base ordinamental, en lo que al riesgo imprevisible se refiere, se contiene en los arts. 126-2, b) 127-2, b), 128-2, 2º y 153-2 del RSCCL de 17 de junio de 1955, 73 y 74 de la LCE y 219, 221 y 222 de su RCE (RCL 1968/209, 483 y NDL 7370), puede presentar cauces diversos de manifestación o materialización, tales como la revisión de las tarifas del servicio, el otorgamiento de una subvención o aumento de la inicialmente otorgada, o cualquier otra compensación económica (por ejemplo, el cambio de sentido del canon concesional o la dotación de anticipos sin interés), sin perjuicio, por supuesto, del uso ex contractu de la técnica (más propia, pero no exclusiva, del contrato de obras de la revisión de precios, abierta, por la vía común del art. 12 de la LCE (aplicable a los tres contratos administrativos nominados o típicos), como respuesta a la necesidad de todo concesionario de garantizar la integridad de lo pactado frente a las fluctuaciones económicas".

- Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 29 de Abril de 2004 en el asunto C-496/99, Comisión/CAS Succhi di Frutta: en los términos expuestos en el epígrafe II de este informe donde se alude a esta sentencia.

- Dictamen 55/2013 del Consejo Consultivo de Canarias: "Hay que tener en cuenta que la revisión de precios debe constituir un mecanismo de reasignación de riesgos entre los operadores económicos y constituye un sistema establecido en aras del principio del equilibrio financiero del contrato para compensar los desajustes que la falta de estabilidad de la realidad socio-económica causa a los contratistas, suponiendo una excepción al principio de riesgo y ventura".

En aplicación de dichos artículos, sentencias y dictámenes, y teniendo en cuenta las consideraciones del epígrafe II, concluimos que en caso de que el órgano de contratación no decidiera resolver el contrato, cabría la justificación para aprobar una modificación del contrato. Modificación que a juicio de esta Intervención General, no debiera ser la de variar la fórmula de revisión, tal como se plantea en el expediente, sino la mínima modificación contractual que permita garantizar la improcedencia de aplicar el factor financiero de la fórmula, o la fórmula entera, a partir de los valores anormales del indicador financiero de referencia, tal como se justifica en el informe técnico del del Servicio de Contabilidad de fecha 13 de febrero de 2018, de forma que



Ayuntamiento
de Vitoria-Gasteiz
Vitoria-Gasteizko
Udala

www.vitoria-gasteiz.org

el pliego contemple la posibilidad de que mediante resolución motivada, no proceda la aplicación del factor financiero de la fórmula o incluso la inaplicación de la fórmula entera, cuando los indicadores de referencia de la fórmula, se sitúen en valores considerados como anormales según el mencionado informe técnico de fecha 13 de febrero de 2018.

Vitoria-Gasteiz, 14 de febrero de 2018.


EL INTERVENTOR GENERAL