



## Gestión de servicios públicos afectados por la inflación: el reto de la continuidad del servicio

**Mirta García Rosa**

Letrada de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias

**Resumen:** El contexto de crisis económica en que nos encontramos pone a las administraciones frente a contratistas asfixiados por el incremento de los costes derivados del contrato y ante la obligada prestación del servicio público en condiciones de calidad, economía y eficiencia.

El ya difícil equilibrio entre el riesgo y ventura que debe soportar el contratista y la “honest equivalencia de las prestaciones”, que el órgano de contratación no puede vulnerar, se somete a especial estrés en aquellos contratos que se vuelven extremadamente onerosos para el contratista como consecuencia de la evolución del mercado.

En este trabajo abordamos el efecto de la inflación en los contratos que tienen por objeto la prestación de un servicio público. Se analizan las soluciones que los órganos de contratación han aplicado ante esta situación y las respuestas de juzgados, tribunales contractuales, órganos consultivos y de control externo. En una segunda parte, se pretende dar respuesta a algunas situaciones provocadas como consecuencia de la aplicación del principio de continuidad de los servicios públicos, así como recomendaciones encaminadas a preservar el buen funcionamiento de estas prestaciones en futuros contratos.

**Palabras Clave:** Inflación, servicio público, contratación pública, riesgo, precio.

**Abstract:** The context of economic crisis in which we find ourselves puts the administrations contractors suffocated by the increase in costs derived from the contract and by the obligatory provision of the public service in conditions of quality, economy and efficiency.

The already difficult balance between the risk and fortune that the contractor must bear, and the “honest equivalence of benefits”, which the contracting authority cannot violate, it is subjected to special stress in those contracts that become extremely onerous for the contractor as a result of the evolution of the market.

In this paper we address the effect of inflation on contracts that are intended to provide a public service. The solutions that the contracting authorities have applied to this situation and the responses of courts, contractual tribunals, advisory bodies and external control are analyzed. In a second part, it is intended to respond to some situations caused as a result of the application of the principle of continuity of public services as well as recommendations aimed at preserving the proper functioning of these benefits in future contracts.

**Keywords:** Inflation, public service, public procurement, risk, price.

## Introducción.

### Los servicios públicos en tiempos de incertidumbre económica

La inflación provocada primero por la pandemia y posteriormente por la guerra en Ucrania ha desencadenado un importante incremento en los costes de los contratos, en muchos casos inasumibles para las empresas. Tanto es así, que un vistazo rápido a la Plataforma de Contratación de Estado nos descubre un alto porcentaje de licitaciones desiertas, principalmente en los contratos de obras<sup>1</sup>, a los que las empresas no se presentan por la falta de actualización de precios por parte de las administraciones públicas y que se encuentran por debajo de los actuales precios de mercado. En Asturias tenemos un ejemplo reciente en la reforma del Hospital Universitario de Cabueñes, cuya licitación inicial quedó desierta, adjudicándose posteriormente por un importe que duplicaba el inicial.

Las medidas adoptadas por el Gobierno<sup>2</sup> para que se revisen los precios de forma extraordinaria han resultado ser insuficientes en tanto que solo afecta al 5% de los contratos de obras, excluyéndose el resto de las tipologías contractuales. Algunas comunidades autónomas han optado por aprobar su propia normativa permitiendo un ajuste extraordinario de precios a un contexto excepcional<sup>3</sup>, lo que resulta dudoso desde el punto de vista competencial y puede acabar ante el Tribunal Constitucional. De hecho, la Junta Consultiva de Contratación del Estado (en adelante JCCAMEH) ha confirmado el carácter básico de la regulación estatal de revisión de precios en su Informe 27/2022.

En este contexto de crisis económica, preocupa especialmente la deficiente prestación de los servicios públicos. El problema tiene relevancia, no solo para los contratistas, sino también para las administraciones que deben velar por el interés público de la viabilidad de los contratos, evitando disfunciones en su ejecución y garantizando la continuidad de los servicios públicos con los niveles de calidad necesarios.



1. En torno al 8% del total de proyectos que se ejecutan cada año, según los datos aportados por la Confederación Nacional de la Construcción. <https://elpais.com/economia/2022-10-07/la-patronal-constructora-denuncia-que-1455-obras-publicas-han-quedado-desiertas-por-el-desajuste-de-precios.html>.

2. Real Decreto-Ley 3/2022, de 1 de marzo, de medidas para la mejora de la sostenibilidad del transporte de mercancías por carretera y del funcionamiento de la cadena logística y Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas.

3. Baleares (Acuerdo de Consejo de Gobierno de 30 de marzo de 2022), Extremadura (Ley 3/2021, de 30 de diciembre, de Presupuestos), Galicia (Ley 18/2021, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas), Aragón (Decreto Ley 3/2022).

## I. El riesgo del contratista y el equilibrio económico del contrato

El riesgo y ventura es un principio de la contratación recogido en el artículo 197 de la LCSP y que el Consejo de Estado definió en su Dictamen 662/2004, de 15 de abril, de manera que el contratista “se beneficia de las ventajas y rendimiento de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada, permaneciendo la Administración ajena a su suerte o desventura”.

Junto al principio de riesgo y ventura aparece asociado el principio de *pacta sunt servanda*. El juego combinado de estos dos principios supone que el adjudicatario debe cumplir durante la ejecución del contrato con el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de prescripciones técnicas y con el de su propia oferta, no pudiendo apartarse de lo acordado incluso si ve defraudadas las expectativas que albergaba al participar en la licitación. Así lo señala el Tribunal Supremo (en adelante TS) en sentencia de 28 de enero de 2015: “la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado, ni consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación”.

A pesar de que en la ejecución de los contratos rige el citado principio, dicho postulado no significa que el contratista deba asumir todas las alteraciones del precio del contrato. Atendiendo a consolidada doctrina del TS, el riesgo que asume el contratista no incluye alteraciones derivadas del ejercicio del *ius variandi*, supuestos de fuerza mayor y otras técnicas como revisión de precios, el riesgo imprevisible y el *factum principis* que matizan dicho riesgo situando al contratista en una posición distinta a la surgida de las relaciones de Derecho Privado<sup>4</sup>.

A diferencia del adjudicatario de un contrato de servicios, el concesionario de la administración debe asumir, además, el riesgo operacional, es decir, que su retribución estará expuesta a las incertidumbres del mercado, ya sea por riesgo de demanda o por riesgo suministro. Esta asunción del riesgo operacional por el contratista marca la distinción entre la gestión contractual de los servicios públicos mediante contrato de concesión de servicios, regulado en los

artículos 284 a 297 de la LCSP del contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía, que prevé en el artículo 312 del mismo texto, enmarcado dentro de la regulación general del contrato de servicios (artículos 308 a 315 LCSP).

Esta diferencia es muy relevante para la determinación del régimen jurídico aplicable al contrato y en especial a la hora de modular el riesgo del contratista. La LCSP prevé, en su artículo 290, el derecho al reequilibrio económico del contrato para el contrato de concesión, pero esta figura no está prevista para el titular de un contrato de servicios, ni siquiera en los casos de contratos con prestaciones directas a la ciudadanía, en los que el objeto de la prestación es el mismo que en los contratos de concesión y donde la única diferencia estriba en la asunción del riesgo operacional por el concesionario.

El difícil equilibrio entre el riesgo y ventura que debe soportar el contratista, al que se suma el riesgo operacional en el caso de las concesiones y la “honesto equivalencia de las prestaciones entre lo que el contratista da y lo que recibe a cambio” que el órgano de contratación no puede en modo alguno vulnerar (véase la Sentencia STS 5863/2009, de 29 de septiembre de 2009) se somete a especial estrés en situaciones de crisis económica que afectan al coste de los contratos. Esto pone a las administraciones frente a contratistas asfixiados y ante la obligada prestación del servicio en condiciones de calidad, economía y eficiencia.

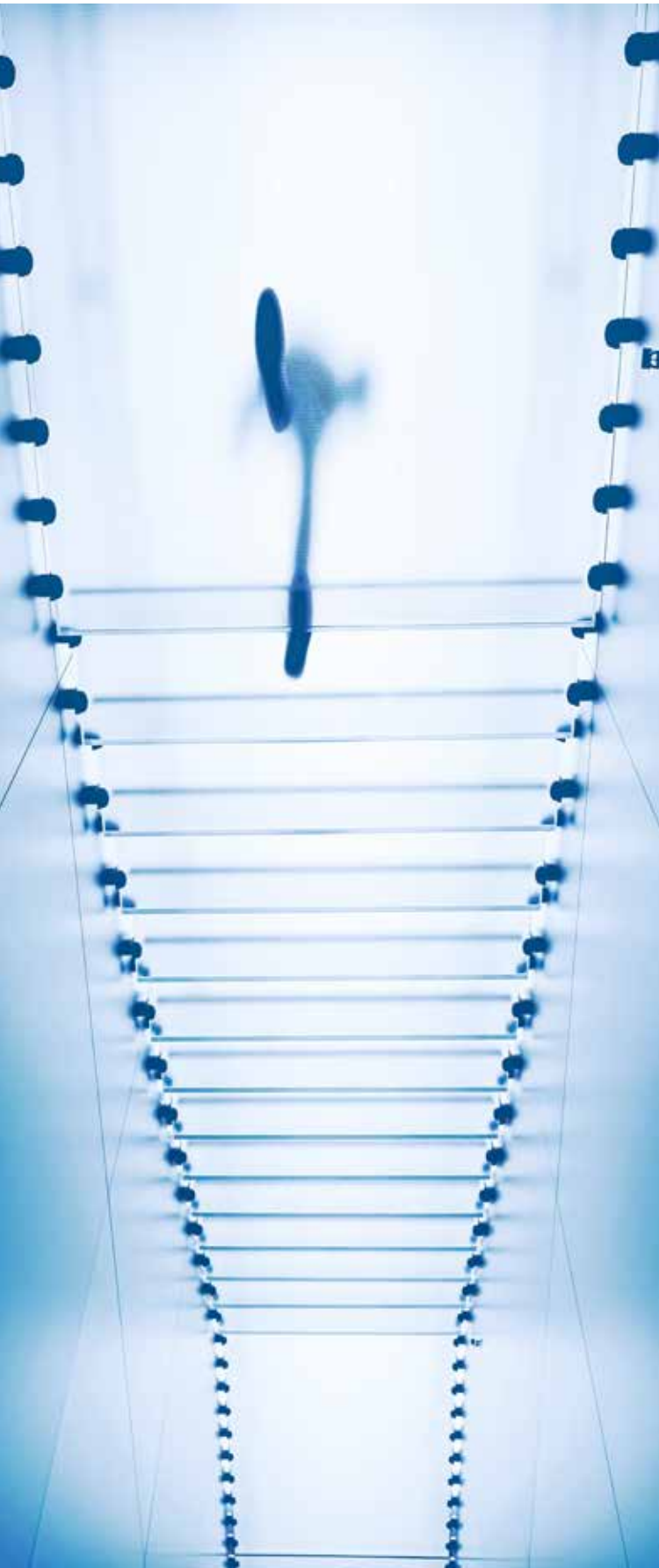
## 2. Actuaciones del órgano de contratación en caso de desequilibrio económico por la inflación de precios

A la luz de la normativa interpretada en diferentes pronunciamientos, es objeto del presente trabajo exponer las soluciones que los órganos de contratación han aplicado ante esta situación.

### a) La inflación como causa de modificación contractual no prevista en los pliegos

El artículo 205 LCSP prevé una serie de supuestos en los que es posible modificar el contrato por causas no previstas en los pliegos. La imprevisibilidad de la inflación de los costes de los materiales asociados al contrato ha sido alegada como

4. En este sentido, STSJ de Castilla-La Mancha 706/2001, de 23 de octubre.



causa para solicitar la actualización de los precios del contrato en varias ocasiones, siendo rechazada de forma tajante por los Tribunales.

El Tribunal Supremo, en sentencia 1868/2018, de 20 de julio, considera que “en lo que concierne a las alteraciones de la economía del contrato, la expresa aplicabilidad del principio de riesgo y ventura hace que el contratista, al igual que se beneficia de las mayores ventajas que en relación con las previstas le depare la dinámica del contrato, ha de soportar la mayor onerosidad que para él pueda significar su ejecución”. En sentido similar se pronunció en la sentencia 6531/2009, de 27 de octubre “(...) Ello implica que, si por circunstancias sobrevenidas se incrementan los beneficios del contratista derivados del contrato de obra sobre aquellos inicialmente calculados, la Administración no podrá reducir el precio, mientras que si por circunstancias sobrevenidas disminuye el beneficio calculado o incluso producen pérdidas serán de cuenta del contratista sin que este pueda exigir un incremento del precio o una indemnización”. El Consejo de Estado en dictamen 769/2020, de 28 de enero de 2021, no consideró como causa imprevisible sino falta de diligencia la actuación del contratista que no hizo acopio de los materiales al tiempo de comprometer su suministro con la administración y que en el momento de cumplir con el contrato se encontró con un inesperado incremento de la demanda y de los precios con ocasión de la crisis sanitaria. Por su parte, la Cámara de Cuentas de Andalucía, en su informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022, considera que la actual tendencia alcista de los precios no cabe como supuesto de fuerza mayor, dado que exoneraría del cumplimiento del principio de “riesgo y ventura. Además, considera inapropiada la vía de la teoría del riesgo imprevisible para hacer frente a la subida de precios mediante actos de contenido indemnizatorio toda vez que, mediante norma de rango legal, (artículos 6 a 10 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo), se ha regulado un mecanismo excepcional de revisión de precios orientado a subvertir la quiebra -por razones imprevisibles- del equilibrio económico del contrato. (artículos 6 a 10 del Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo). También la JCCA Cataluña 2/2011 considera prioritaria la vía de la revisión de precios y niega que el incremento de costes generados por el convenio colectivo justifique la concurrencia de un riesgo imprevisible<sup>5</sup>.

Aun cuando fuera posible calificar de imprevisibles las alteraciones de los costes como consecuencia de los avatares del mercado, no podría aplicarse en los casos

---

5. Se apoya en STS de 15 de marzo de 2007.

en que una modificación tiene como resultado una alteración de la naturaleza de la contratación global por imperativo del artículo 205 LCSP. De acuerdo con este precepto, una modificación se considerará sustancial cuando tenga como resultado un contrato de naturaleza materialmente diferente al celebrado en un principio, concretando el propio precepto aquellos supuestos en los que cabe realizar tal calificación. Es decir, aun cuando la modificación responda a circunstancias imprevisibles, no podrá modificarse un contrato si dicha variación es calificada de sustancial.

En este sentido, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, analizó recientemente, en Resolución 436 de 2022, el restablecimiento del equilibrio económico de un contrato de suministros a través de su modificación por efecto de la excepcional situación en la que se encuentra el mercado. Considera el Tribunal que una modificación que afectase al precio del contrato sería una revisión de precios encubierta<sup>6</sup>, que supondría además una alteración de las condiciones del contrato afectando a dos elementos fundamentales del mismo, como son el precio y el valor estimado del contrato. En este sentido, y sin entrar a valorar si la evolución de los costes relacionados con el contrato es o no previsible, esta modificación no estaría justificada en tanto que afectaría a un elemento esencial del contrato y debería calificarse de sustancial.

## b) Restablecimiento del equilibrio económico por causa de *factum principis*

Este mecanismo está previsto específicamente para los contratos de tipo concesional que lo singulariza frente a los demás tipos de contratos, por lo que no cabe su extensión de forma analógica a otras categorías contractuales ni una interpretación extensiva de los artículos 270.4.a y 290.6.a de la LCSP a los contratos no concesionales, ni siquiera a los contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a la ciudadanía (Informe 3/2019, de 10 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación (en adelante JCCA)).

El concesionario podría invocar este supuesto, contemplado en el artículo 290 LCSP, en el caso de que la alteración del

régimen económico del contrato tuviera su causa en una actuación de la administración, sea la concedente u otra. Esta relación de causalidad debe estar clara y así, variaciones de los tipos de interés de la financiación, normativas laborales o revisiones salariales pactadas en los convenios colectivos de aplicación y otros han sido descartados por tribunales y órganos consultivos<sup>7</sup>.

A esta relación de causalidad se refiere el Informe 18/2021, de la JCCA de Aragón que cita “...la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, la sentencia del de 2 de marzo de 1999, advierte que «no puede entenderse que al amparo de la teoría del riesgo imprevisible los entes locales deban paliar o subsanar todas las situaciones de crisis económica en que puedan encontrarse las empresas concesionarias...» (...) No es posible, con carácter general, entender que la crisis económica constituye uno de los supuestos que motivan la obligación del restablecimiento económico de la concesión a que se refiere el artículo 282.4 TRLCSP”. Así lo considera también el Informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022 de la Cámara de Cuentas (en adelante CC) de Andalucía, al señalar que “no puede incardinarse el actual incremento de precios en un supuesto de *factum principis*”.

## c) Reclamación de indemnización responsabilidad patrimonial de la Administración

En tanto que no se encuentra acreditada la relación de causalidad entre la inflación de precios y la actuación de la administración, también quedaría descartada una eventual reclamación por responsabilidad patrimonial (arts. 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público), a lo que habría que añadir las dudas que surgirían a la hora de calificar el perjuicio antijurídico (entendido como aquel que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar), ya que en estos supuestos de funcionamiento normal del servicio público el canon de antijuridicidad está constituido por el carácter singular o general del perjuicio, siendo esta una medida claramente no individualizada.

6. En este sentido, se pronuncia la JCCP del Estado, en su recomendación de 10 de diciembre de 2018.

7. JCCAMEH Informes 37/2022, 7/2003, de 22 de diciembre y 61/2008, de 31 de marzo de 2009; Dictamen 279/2012, de 21 de noviembre del Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, Informe de la JCCA Cataluña 10/2019, de 28 de noviembre, o TACP de Aragón, en su Acuerdo 51 de 4 de septiembre de 2014.



#### d) Indemnización por incorrecta estimación del valor estimado del contrato

Otro supuesto que ha sido invocado y desestimado<sup>8</sup> es la solicitud de la nulidad de una licitación alegando el incumplimiento de las disposiciones que regulan el equilibrio económico de la concesión, dado que las previsiones económicas de ingresos y gastos reflejadas en el anteproyecto resultaron erróneas y no responden a la realidad. La regulación actual de la concesión rechaza expresamente esta posibilidad en el apartado cuarto del artículo 290 LCSP, por lo que la duda podría surgir únicamente sobre los contratos de concesión en ejecución al amparo de la anterior normativa y en los contratos de servicio.

Se parte de la premisa de que en la preparación del contrato la estimación correcta del presupuesto de licitación es fundamental y debe quedar acreditado en el expediente

que el presupuesto de licitación, y por ende el valor estimado, responden a los precios de mercado, tal y como exige el artículo 102.3 LCSP. El concepto "precio general de mercado" utilizado en este precepto es un concepto jurídico indeterminado, determinable según la actividad licitadora de la Administración<sup>9</sup>. La estimación es siempre una valoración aproximada. Es en la licitación donde se han de concretar las prestaciones solicitadas y los gastos necesarios para su obtención, realizando, en todo caso, una labor de cuantificación acreditada en el expediente de contratación<sup>10</sup>.

El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, (en adelante OARC) en su Resolución 8/2022, pone el énfasis en la carga de la prueba, que corresponde a quien alega la incorrección de la estimación y de que según esta se pone en peligro la normal ejecución del contrato y no cabe esperar una concurrencia suficiente.

8. Acuerdo 51 de 4 de septiembre de 2014 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

9. ELTSJ del Principado de Asturias, en Sentencia de 19 de junio de 2017 rechaza esta pretensión al entender que la frustración de las expectativas económicas por parte del concesionario se encuentra en el ámbito del riesgo y ventura que el contratista tiene la obligación de soportar.

10. Resolución 64/2013, de 24 de julio de 2013 del OARC.

### e) Doctrina *rebus sic stantibus* y enriquecimiento injusto de la administración

El Consejo de Estado resulta muy claro en su Dictamen 669/2014, al declarar que “el principio de riesgo y ventura no está sujeto a grados ni escalones”. Consideró no admisible el restablecimiento del equilibrio económico financiero en un contrato de obra pública como consecuencia de la subida del precio de uno de los materiales, al amparo de la existencia de un riesgo extraordinario y la doctrina del *rebus sic stantibus*, porque la aplicación de fórmulas de revisión de precios no cubra una diferencia que se considera excesiva, fundándose en la obligación de adecuar el precio del contrato al real de mercado y en el posible enriquecimiento injusto que se ocasionaría al quedar en beneficio de la administración obras realizadas con un sobreprecio excesivo.

Más recientemente, en su dictamen de 28 de febrero de 2019 ha manifestado que “el riesgo y ventura del contratista comporta que el adjudicatario se beneficie de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada”. La administración debe garantizar la indemnidad de las prestaciones económicas del contratista a que se obliga en virtud de la relación contractual mediante la técnica de la revisión de precios, pero solo cuando resulte de aplicación. El límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura, sigue el dictamen “ (...) solo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebra enteramente el equilibrio contractual.(...) Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (*cláusula rebus sic stantibus*)”.

### f) Revisión de precios

Como excepción a los principios de precio cierto y de riesgo y ventura, el artículo 103 de la LCSP establece la posibilidad de revisión de precios de los contratos que habrá de efectuarse conforme a lo dispuesto en la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española.

La LCSP de 2017 es mucho más restrictiva en la regulación de esta figura que la norma anterior, por lo que en este punto resulta muy relevante el régimen jurídico aplicable al contrato en ejecución. Como regla general, en los contratos que se rijan por la ley de 2017 no procederá la revisión

periódica no predeterminada o no periódica de los precios de los contratos.

Teniendo en cuenta las regulaciones de la revisión de precios que están aprobando las CCAA como reacción al incremento de los precios, es muy relevante el pronunciamiento de la JCCAMEH que en su Informe 27/2022, confirma el carácter básico de la regulación estatal de la revisión de precios, por lo que si una comunidad autónoma decide aplicar un sistema de revisión excepcional de precios habrá de respetar las prescripciones básicas del Estado, sin perjuicio de la posibilidad de dictar disposiciones de desarrollo que se ajusten a la doctrina constitucional citada en el referido informe.

En cualquier caso, de existir norma especial por razón de la materia será aplicable esta en detrimento de la norma general, como aclara la CC de Andalucía en su Informe 11/2021, de 24 de marzo de 2022, en relación con acudir al mecanismo excepcional de revisión de precios contemplado en el Real Decreto-ley 3/2022, de 1 de marzo.

Sobre la posibilidad de acudir a este mecanismo para compensar de la sobrevenida onerosidad del contrato para el contratista se ha pronunciado la Audiencia Nacional, concretamente en su Sentencia de fecha 14 de junio de 2017, en la que se ratifica el instrumento de la revisión de precios como el adecuado para cumplir con la obligación de la administración de indemnizar al contratista por la quiebra del equilibrio económico pero solo en los casos en los que proceda esta según su regulación en la ley y previsión en los pliegos. Debe quedar acreditada, sin que baste la simple superación de un determinado límite y sin que proceda la invocación de la doctrina del enriquecimiento injusto.

En el mismo sentido, más recientemente mediante informe 7/2022, de 12 de mayo, la JCCA de la Comunidad de Madrid, rechazó la revisión de precios en un contrato en cuyos pliegos no estaba prevista. El órgano señala que “no es posible proceder a la modificación de un contrato o acuerdo marco con el único objeto de incrementar su precio, pues no se trataría con ello de que el contratista efectuara la prestación en forma distinta a la pactada y la revisión de precios cuenta con su propia regulación en la LCSP”.

### g) Desistimiento del contrato por extrema onerosidad sobrevenida

Los contratos de prestación de servicios, como el resto de los contratos, se extinguen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 209 LCSP, por su cumplimiento o resolución. Las causas de resolución son causas tasadas, contempladas en el artículo 211 LCSP, y además, en el caso del contrato de servicios se recogen en el artículo 313, a las que hay que





sumar, para los contratos con prestaciones directas a la ciudadanía, las previstas para las concesiones de servicios en los apartados c), d) y f) del artículo 294 de la Ley. Más allá de estos supuestos no cabe la resolución de un contrato de servicios con la legislación actual. Como sostiene la Resolución 285/2019 del TCAP de Canarias, no puede pretender aplicarse la normativa específica de los contratos de concesión a los contratos de servicios, ni siquiera a los contratos de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía. Tampoco es posible introducir en el pliego causas de resolución distintas a las previstas en la LCSP en virtud del principio de libertad de pactos, como aclara en sendos informes la CC Andalucía 639/2019 y 584/2020.

Por este motivo, cabe rechazar la extensión de la cláusula de progreso normativo, contemplada por los artículos 270.4 y 290.6 de la LCSP, a los efectos de aplicarla en relación con otras tipologías contractuales. Esta cláusula permite desistir del contrato a los adjudicatarios, cuando el contrato devenga extraordinariamente oneroso al concesionario, como consecuencia de la aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización. Se trata de una particularidad de los contratos de tipo concesional, de modo que, si se aplica una particularidad a la generalidad de los contratos de forma analógica, se está vaciando de sus características propias a la concesión, desvirtuando la propia figura. El Consejo de Estado en dictámenes como el 370/2013, de 20 de junio de 2013, o el 669/2014, de 10 de julio de 2014, se ha posicionado en contra de realizar interpretaciones extensivas.

#### **h) Resolución del contrato por mutuo acuerdo o por imposibilidad de cumplir la prestación**

La frustración de las expectativas económicas del contratista no puede ser invocada como causa de resolución del contrato pues no se ajusta a ninguna de las causas tasadas en los artículos descritos. La falta de rentabilidad no es sinónimo de imposibilidad de cumplir con el contrato, que se refiere a una imposibilidad fáctica no económica. Para invocar esta causa de resolución es necesario acreditar que no puede modificarse el contrato o puede lesionarse el interés público (Informe CCCLM 147/2019).

Otra de las opciones a valorar sería la resolución por mutuo acuerdo prevista en el artículo 211 c) pero, como recuerda el TCu en informe número 1178 de 27 de octubre de 2016 "(...), la resolución por mutuo acuerdo solo puede tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato (...)".

### 3. Garantía de prestación de los servicios públicos: herramientas y recomendaciones para el órgano de contratación

Los contratos públicos están investidos de una característica especial, como es el hecho de servir a la consecución de un interés público. Esta circunstancia es particularmente relevante e intensa en el supuesto de los contratos que tengan por objeto la gestión de servicios públicos dado que, en ocasiones, el objeto del contrato es un servicio que se presta a los ciudadanos, el cual está afectado por el principio de continuidad en la prestación del servicio.

Para preservar esa continuidad, el órgano de contratación deberá hacer uso de las prerrogativas de las que le dota el ordenamiento respetando las garantías que protegen al contratista.

#### a) Retribución del contratista en los supuestos de orden de continuidad y prórroga forzosa

Las situaciones de ultraactividad del contrato no son infrecuentes y, sobre todo en los últimos tiempos pueden resultar muy lesivas para los contratistas, debido a la rápida desactualización de los precios por la alta inflación. Por otro lado, la continuidad y la regularidad son elementos esenciales e indisolubles de la noción de servicio público que sirven de fundamento para los privilegios de la administración.

El principio de continuidad del servicio ha sido consagrado expresamente entre las obligaciones del concesionario en las sucesivas leyes de contratos y su uso ha sido avalado por la jurisprudencia<sup>11</sup>. A su tenor se admite la posibilidad de que se ordene que continúe la prestación con posterioridad a la terminación del contrato. Tal posibilidad resulta de lo establecido en el artículo 128.1. 1ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

Este principio tiene reflejo específicamente en el contrato de concesión de servicios, al regular las obligaciones del concesionario en el artículo 288 a) de la LCSP. A continuación, se añade un inciso no previsto en la legislación anterior conforme al cual “En caso de extinción del contrato por

cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.” Esta previsión no se recoge de la misma forma para el contrato de servicios, ni siquiera para el que conlleva prestaciones directas a la ciudadanía regulados en el artículo 312 LCSP que, a pesar de recoger expresamente la obligación de prestar el servicio con la continuidad convenida ha obviado la aplicación de las llamadas órdenes de servicio para este tipo contractual.

Por otro lado, la LCSP de 2017 incorpora a su artículo 29.4 la posibilidad de otorgar un plazo añadido a los contratos que permita garantizar la continuidad de la prestación a su vencimiento como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles producidas en el procedimiento de adjudicación y cuando existan razones de interés público para no interrumpir la prestación. Tal posibilidad queda sometida a ciertos límites, tal y como quedó analizado en el Informe de la JCCMEH de 10 de diciembre de 2018.

Tanto la orden de continuidad como la prórroga excepcional obedecen a la misma finalidad de garantizar la continuidad de una prestación que con motivo de la salvaguardia del interés público no se puede interrumpir, si bien tienen ámbitos de aplicación y requisitos diferentes (STSJ Valencia 20 de julio de 2021).

A los efectos de la correcta retribución del contratista, nos encontramos ante dos situaciones distintas: la relación creada en el contrato originario y la situación que se origina con la prolongación del servicio público. En la primera, el régimen de obligaciones y de reparto de riesgos deberá regirse en todos sus extremos por el contrato inicial. En el segundo de los casos, la situación de prórroga forzosa del contrato por causa imputable a la administración debe resolverse teniendo en cuenta la proscripción del enriquecimiento injusto de las partes en el contrato. Conforme a este principio la administración debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos en que este haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación. Esta postura es ratificada por la JCCA Cataluña en Informe 6/2022. Tal prestación excede del contenido del riesgo y ventura asumido por el contratista conforme al contrato ya extinguido y, por ello, es claro que no tiene que soportar las consecuencias económicas de una situación no imputable a él y que va más allá del contrato en los términos pactados. Por esta razón, el principio de riesgo y ventura propio del contrato de gestión de servicios públicos debe ser, en definitiva, modulado

11. Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de noviembre de 1986, reiterando lo señalado en la Sentencia de 22 de marzo de 1985.

para este periodo que, lógicamente, debe ser transitorio y excepcional, por el tiempo que resulte necesario para que el nuevo concesionario asuma la prestación del servicio público en el nuevo contrato. La CC de Andalucía en sendos informes 637/2019 y 631/2021, avalan el reconocimiento al contratista del derecho a percibir el abono íntegro de la prestación en caso de que se aprecien circunstancias que lo justifiquen, enmarcándolo en la relación contractual.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado tangencialmente sobre el particular en una reciente Sentencia de 4 de febrero de 2022 concluyendo que “resulta obvio que tales prórrogas han de adoptarse respetando las previsiones legales existentes sin que el mayor o menor interés público permita prescindir de los preceptos legales aplicables”. El pago al concesionario como contrapartida por el servicio prestado durante el periodo de continuidad del servicio por orden de la entidad contratante tiene que compensar adecuadamente todos los gastos que se deriven de la obligación de seguir prestando el servicio, en las condiciones establecidas en el contrato de concesión finalizado, si bien adaptadas a las circunstancias que concurran durante este periodo, dado que la concesionaria no se tiene que ver perjudicada por las eventuales consecuencias económicas de la falta de formalización del contrato posterior.

## b) Herramientas y recomendaciones para los futuros contratos

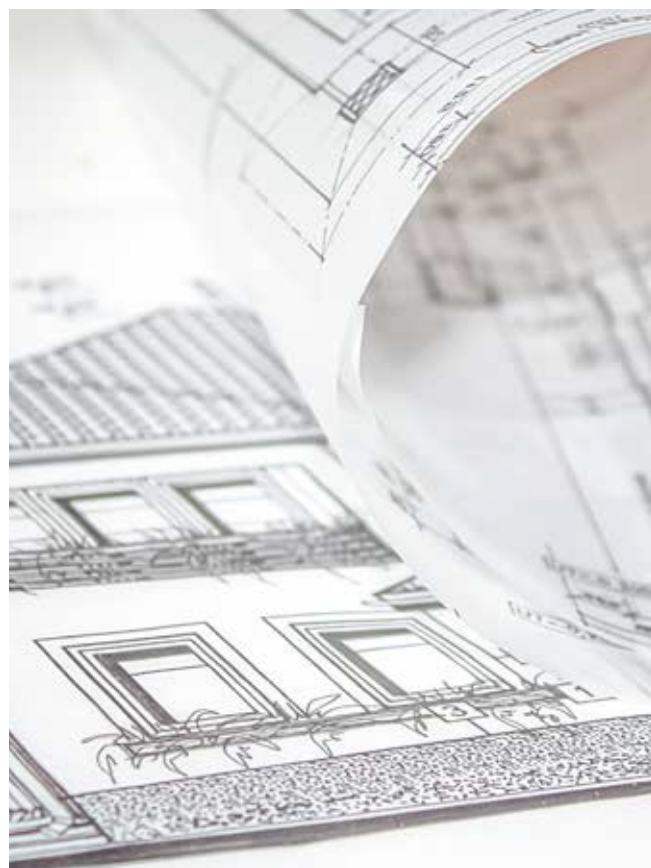
Una de las obligaciones del órgano de contratación es la correcta estimación del importe del contrato (artículo 102.3 LCSP), debiendo cuidar de que el precio sea adecuado para su efectivo cumplimiento. La correcta ejecución de los contratos de servicios tiene mucho que ver con que su precio esté correctamente calculado en los pliegos. El Informe del TCU 1178 de 27 de octubre de 2016 refuerza este argumento al señalar que “Los estudios económicos han de ajustarse a los sistemas de determinación del presupuesto establecido, en su caso, por la legislación contractual para los diferentes tipos de contratos, debiendo en todo caso presentar un nivel de desagregación suficiente para permitir una valoración adecuada de las prestaciones objeto del contrato, hacer posible un adecuado control del gasto público y facilitar una correcta presentación de ofertas por las empresas al poseer una información más detallada sobre el presupuesto contractual o, en su caso, de las contraprestaciones que recibirán por la ejecución del contrato”. Para cumplir con este requisito, en ocasiones será recomendable externalizar el cálculo del coste de servicios complejos.



Con carácter previo a la adjudicación, en caso de oscilaciones de precios imprevistas y superiores a la aprobación de los proyectos, el órgano de contratación puede acudir a la actualización de precios, figura recogida en el artículo 130.4 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la ley Contratos de las Administraciones Públicas, si bien solo es aplicable a los contratos de obras que cumplan ciertos requisitos.

Otro recurso que no siempre se tiene presente de cara a evitar posibles retiradas de las proposiciones ante la subida de precios, es la posibilidad que tiene el órgano de contratación de ampliar el plazo de vigencia de las ofertas de los licitadores, que viene fijado en el artículo 158.2 de la LCSP, ampliando el plazo de adjudicación. Es muy importante en estos casos justificar en el expediente la necesidad de esta aplicar esta excepción, no siendo recomendable que se convierta en una práctica generalizada para todas las licitaciones, sino que habrá que atenerse a cada caso concreto.

Por último, cabe recordar también que para el caso de las concesiones y los contratos de servicios regulados en el artículo 312 LCSP es posible acudir a instrumentos como el rescate o el secuestro del servicio, cuando no pueda garantizarse una prestación de calidad, de la que es responsable la administración en última instancia.



#### 4. Breve recapitulación

- El principio de invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación pública.
- La contratación administrativa se caracteriza por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por ley el principio de riesgo y ventura del contratista.
- Esa aleatoriedad de los contratos administrativos tiene unos límites tasados, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura por causas imputables a la administración (*ius variandi* o *factum principis*), o por hechos que se consideran al margen del normal devenir del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible.
- No toda alteración del equilibrio de las prestaciones del contrato da derecho al contratista a reclamar medidas dirigidas a restablecer la inicial ecuación financiera del vínculo, sino únicamente aquellas que sean reconducibles a esos supuestos tasados.
- Esto significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo pactado ni le faculta para exigir su modificación, ni siquiera en supuestos de inflación generalizada de los precios.
- La obligada continuidad del servicio público que suponga la ultractividad de la relación contractual obligará a la administración a satisfacer al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos en que este haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación.