



Ajuntament de Granollers  
Secretaria

Àrea de Processos  
Estratègics i Comunicació

Pl. de la Porxada, 6, 4a.  
Tel. 93 842 66 30  
08401 Granollers  
secretaria@ajuntament.granollers.cat

NIF P-0809500-B

INFORME 1/2017 que emet el Director dels Serveis Jurídics de l'Ajuntament de Granollers

A PETICIÓ del 7è tinent d'alcalde i regidor de Serveis, Mobilitat i Via Pública

SOBRE la proposta presentada per l'empresa concessionària Comercial Berlín S.L de modificació del cànon del plec concessional de la concessió administrativa del subsòl del pàrquing Colom

CARÀCTER: d'assessorament

FETS

ÚNIC.- LA MERCANTIL COMERCIAL BERLÍN CONSIDERA QUE L'EXECUCIÓ QUE ES MATERIALITZA EN LA PRESTACIÓ DEL PLEC DE CONDICIONS REGULADORES DE L'ADJUDICACIÓ DE LA CONCESSIÓ ADMINISTRATIVA PER A LA REDACCIÓ DEL PROJECTE EXECUTIU, CONSTRUCCIÓ I SUBSEGÜENT EXPLOTACIÓ D'UN APARCAMENT SUBTERRANI PER A VEHICLES EN EL SUBSÒL DEL CARRER CALDERÓN DE LA BARCA DE GRANOLLERS, ES TROBA EN SITUACIÓ DE PÈRDUES

En data 23 de març de 2004 l'Ajuntament de Granollers va endegar el procés per la licitació de la concessió de l'ús privatiu del domini públic en el subsòl de l'aparcament de Calderón de la Barca de Granollers.

Va ser adjudicatària Comercial Berlín S.L.

L'adjudicatària, en el seu estudi econòmic preveia pèrdues els primers 4 anys. A l'Annex I de l'informe signat per la tècnica i el Cap de Serveis de la 7a Tinença d'Alcaldia, de novembre del 2015, s'assenyala en conclusió que el resultat ha estat negatiu. Concretament diu, "*s'ha passat d'un benefici de 9.199,63 euros el 2010, a una pèrdua de -27.612 euros el 2014*", resultats que els impossibiliten per a satisfer quotes de concessió tan elevades, i motiu de la sol·licitud de revisió.

Segons el referit informe tècnic que obra en l'expedient administratiu, de la revisió de les dades i càlculs realitzats per l'Ajuntament es desprèn que, en realitat, incorporant les amortitzacions al compte de resultats, tots els anys de l'explotació han generat pèrdues. El resultat del 2014 hauria estat de gairebé de 130 mil euros (veure doc. 4 a l'informe referit), en lloc dels 27 mil citats.

L'informe conclou que anualment, des de l'inici de l'explotació el 2007 i fins a 2014 (les dades del 2015 eren provisionals) s'ha produït dèficit i que el desequilibri financer manifestat per l'empresa concessionària el 2015 és real.

A tot això cal tenir present que l'empresa ha adoptat mesures tendents a la contenció de despeses tot i que amb les limitacions a l'abast, no es descarta que poguessin ésser viables altres mesures a dur a terme per millorar el resultat de l'explotació així com mesures d'estímul de la demanda, essent d'aplicació la mateixa observació que al punt anterior.

D'acord amb aquests antecedents l'informe proposa que s'hauria de considerar l'acceptació de la



sol·licitud feta pel concessionari en el sentit de modificar la clàusula 26 del Plec de condicions de la concessió, adequant l'import del cànon a un percentatge de la xifra de vendes.

## FONAMENTACIÓ JURÍDICA

### PRIMER.- NATURESA JURÍDICA I ANÀLISIS DE LES SITUACIONS CONCESSIONALS QUE JUSTIFIQUEN MODIFICACIONS CONTRACTUALS

El contracte de concessió que estem analitzant, és un contracte patrimonial, que té per objecte l'ús privatiu del domini públic.

El fet que sigui un contracte patrimonial vol dir que pel que fa a la preparació se sotmetrà al Dret Públic però pel que fa als efectes i l'extinció, serà la jurisdicció civil.

El plec de clàusules diu de forma literal en la part que ens interessa:

#### II.1 Clàusula 4 del plec de condicions. Finançament

- *“L'Ajuntament de Granollers no participarà en el finançament de les obres i del servei posterior, ni assegurarà al concessionari una recaptació ni rendiment mínim, ni li atorgarà cap subvenció. Tampoc avalarà...”*

I prossegueix...

#### II.2 Clàusula 24 del plec de condicions. Drets d'exploració del servei

- *“... La concessió s'atorga a risc i ventura del concessionari, sense tenir dret a indemnització, modificacions de la concessió o subvencions per raó d'execució d'obres, compliment de les obligacions, dèficits de gestió, etc., amb excepció dels supòsits indemnitzatoris establerts legalment.”*

Així mateix fixa:

#### II.3 Clàusula 26 del plec de condicions. Cànon

- *“... Atesa la possibilitat d'incrementar el nombre de places de l'aparcament, el canon mínim que es fixa per a cada any, millorable pels ofertants és :*
  - *anys del 1 al 5 6.000 €*
  - *anys del 6 al 10 9.000 €*
  - *anys del 11 a fi concessió 18.000 €*

*Aquests valors podran ser millorats en les propostes dels oferents.*

*L'evolució del canon serà revisada i recalculada per a cada anualitat natural mitjançant l'aplicació de l'IPC, o índex similar, de l'any anterior. Podran per tant revisar-se aquestes previsions inicials si les desviacions de càlcul inicials fossin importants durant el llarg període concessional.”*

Es va presentar un únic candidat a la licitació que ha resultat l'adjudicatari.



Per tant de les previsions inicials, queda clar de l'informe que s'adjunta a l'expedient que no s'han complert ni de forma indiciària. Ans al contrari. Ha estat just en la direcció contrària de la prevista i això ha passat perquè ens trobem davant un supòsit excepcional, com són les circumstàncies sobrevingudes de la crisi, que caldrà en primer lloc definir-les i en segon analitzar si s'hi donen.

Quan es va fer el plec per la licitació ni l'Ajuntament ni la concessionària van preveure l'escenari de la crisi. I de fet no ho van preveure perquè com se sap aquesta va aparèixer de forma imprevisible.

Per circumstàncies sobrevingudes hem d'entendre, seguint aquí el criteri de la Comissió Jurídica Assessora, aquelles que no existien en el moment de la contractació, de forma que en cap cas es poden identificar amb elements, fets o circumstàncies que existint en el moment de la contractació es van passar per alt o no es van tenir en compte (Dictàmens de la Comissió Jurídica Assessora 100/07 i 66/09).

Això connecta amb la necessitat que la circumstància sobrevinguda sigui imprevisible, és a dir que les parts no hagin pogut preveure utilitzant una diligència normal la transformació tan radical del context econòmic en el qual van formalitzar el contracte i el que es va produir amb posterioritat. És molt il·lustrativa en aquest sentit la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Cantabria de 14 d'abril de 2003 que estableix els pressupòsits per poder aplicar la teoria del risc imprevisible:

a.- És independent de les actuacions directes o indirectes de l'Administració.

En el cas que ens ocupa la crisi econòmica és clarament una circumstància exògena al contracte mateix i no té res a veure amb actuacions o omissions de l'òrgan de contractació.

b.- L'obligació de mantenir l'equilibri econòmic financer depèn exclusivament de circumstàncies sobrevingudes i imprevisibles que hagin provocat una veritable subversió de l'economia de la concessió.

Aquesta subversió de l'economia de la concessió ha quedat suficientment reflectida per l'informe relacionat als antecedents de fet.

c.- Han de ser circumstàncies independents de la bona gestió del concessionari.

En el cas objecte d'aquest informe no consta que el concessionari hagi incomplert els termes del contracte o que hagi gestionat incorrectament la seva activitat empresarial relacionada amb el contracte. A més ha cercat altres mecanismes per incidir en l'oferta millorant les condicions.

d.- La coparticipació en els riscos pot adoptar modalitats molt diverses: revisió de tarifes, atorgament de subvencions o qualsevol altra forma de compensació econòmica.

En aquest cas les compensacions que són de diferent naturalesa: ajornament i condonació parcial del cànon, entre d'altres que podrien ser estudiades en el futur.

També el Consell d'Estat s'ha referit a les conseqüències que per l'execució d'un determinat contracte pot tenir un canvi radical de les circumstàncies existents en el moment de la seva formalització, i així en el dictamen de 15 de febrer de 2007 va declarar el següent:

*“Existen en cualquier caso, límites al principio de riesgo y ventura, derivados de la vigencia del principio del equilibrio económico financiero del contrato, que surgen en aquellos casos en los que se produce una quiebra del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Así, el Consejo de Estado ha advertido que la alteración de las circunstancias existentes en el momento*



*de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo 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 o desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente.”.*

Ja hem vist i ha quedat acreditat en el cas que ens ocupa l'alteració dràstica de les circumstàncies existents en el moment de formalització del contracte i la greu crisi econòmica sobrevinguda amb posterioritat així com la seva incidència en el compte d'explotació del contractista. En concret, a l'informe que s'adjunta es diu que l'evolució del sector de l'aparcament, ni amb mesures de tot ordre (estalvi i promoció), ha pogut reflotar-se.

En concret i de forma literal es diu: “s'ha passat d'un benefici de 9.199,63 euros el 2010, a una pèrdua de -27.612 euros el 2014”.

Per tant, i pel que fa a aquest primer apartat, es pot concloure que des de la formalització del contracte fins a la data d'avui s'ha produït una transformació radical del context econòmic que difícilment podia haver estat previst per les parts contractants i que els indicis no apunten a una recuperació dels paràmetres econòmics a nivells similars als que existien en el moment de formalitzar el contracte.

I aquest canvi radical de context econòmic ha impactat directament en l'economia del contracte, de forma que segons les dades comprovades per l'informe adjunt i que acabem de ressenyar, i la concessionària ha incorregut en pèrdues en l'explotació econòmica que semblen directament imputables al context de crisi econòmica. En altres paraules, es pot afirmar que s'ha produït un trencament del principi de l'equilibri econòmic del contracte; es tracta ara d'analitzar si aquest trencament produït bàsicament pel context de crisi econòmica és causa hàbil per motivar una modificació del contracte en els extrems que hem exposat en els antecedents de fet. També haurem d'analitzar en quins termes quedaria millor protegit l'interès públic: amb una modificació contractual o bé seria preferible optar per la resolució del contracte i la convocatòria d'un nou procediment de licitació.

## SEGON.- ENCAIX DE LA JUSTIFICACIÓ JURÍDICA AMB L'INTERÈS PÚBLIC PROTEGIT. ESPECIAL INCIDÈNCIA DE LA MORFOLOGIA URBANÍSTICA DE L'APARCAMENT

Cal veure a continuació les alternatives que ofereix la situació jurídica que es genera. Els elements a tenir en compte són dos:

a) Un únic candidat i encaix de l'espai públic i privat que dificulten la concurrència per la mateixa morfologia de l'aparcament: una nova licitació pot comportar el risc que quedi desert

Ca tenir present que en el procés licitatori que es va iniciar amb la publicació de l'anunci en el BOP núm 113 d'11 de maig de 2004 només es va presentar un sol candidat.

Qualsevol mesura que es pretengui s'ha de fer sota el respecte del Dret Comunitari i en concret en la igualtat de condicions dels licitadors. Qualsevol mesura que s'adopti i en concret la modificació del cànon no ha de suposar una dispensa que situï l'adjudicatari en una posició preferent respecte d'altres adjudicataris.

Aquest fet és molt rellevant doncs no en aquest expedient no es conculca cap Dret de tercers sense perjudici que en el procediment de modificació contractual proposat pugui aparèixer un



tercer interessat, situació que no serà fàcil perquè la morfologia de l'aparcament després d'analitzar altres alternatives, difícilment serà factible amb les dues possibilitats analitzades:

OPCIÓ 1. Recuperar la concessió i fer una gestió directa: aquesta mesura ha estat estudiada i suposa acceptar el dèficit o nul benefici que el contractista ha demostrat amb xifres.

OPCIÓ 2. Recuperar la concessió i tornar a licitar-la només en les parts públiques: El resultat d'una nova licitació, amb les circumstàncies actuals portaria a licitar una concessió amb marge de benefici zero, pel que difícilment algú es presentaria amb les condicions normals.

En ambdós casos suposaria una inversió per a l'adequació de l'espai interior i dels accessos de difícil recuperació i unes despeses permanents que si el concessionari no ha pogut corregir, sembla improbable que l'Ajuntament de Granollers ho assolixi.

S'adjunta com a document annex a aquest informe plànol de la delimitació de l'aparcament per visionar la dificultat de promoure la lliure concurrència i la recuperació de la gestió.

a) El principi *favor contractus* com a principi informador de l'ordenament jurídic

Davant la dificultat d'assolir la gestió per qualsevol de les dues formes, i no havent-hi afectació als interessos dels tercers, cal estar a la doctrina *favor contractus*. Diu la STS de 15 d'octubre de 2014:

*“En este sentido, y en primer término, cabe plantearse el alcance de su aplicación, esto es, su incidencia modificativa o resolutoria del marco contractual celebrado. En el presente caso, la solución por el alcance meramente modificativo de la relación contractual queda justificada por razonamientos de distinta índole pero concurrentes. En efecto, el alcance modificativo de la cláusula rebus ha resultado de aplicación preferente, con carácter general, tanto en la doctrina tradicional de esta Sala, como en su reciente caracterización llevada a cabo en la citada Sentencia de 30 de abril de 2014 (núm. 333/2014). En esta línea, también debe precisarse que esta solución se corresponde, en mayor medida, con el principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (favor contractus); criterio, que la reciente doctrina de esta Sala ha elevado a principio informador de nuestro sistema jurídico, mas allá de su tradicional aplicación como mero criterio hermeneútico, STS 15 de enero de 2013 (núm. 827/2012). Pero además, y en todo caso, el alcance modificativo también se corresponde mejor con la naturaleza y características del contrato celebrado, esto es, de un contrato de arrendamiento de larga duración.”*

Atès que les solucions alternatives són de difícil consecució, seria un error que l'Ajuntament de Granollers plantegés una nova licitació que el resultat fos el mateix que ara.

### TERCER.- LA CRISI ECONÒMICA I LA SEVA APLICABILITAT A LA DOCTRINA REBUS SIC STANTIBUS ESTABLERTA PEL TRIBUNAL SUPREM EN CASOS EN QUÈ EL MERCAT FA UNA FALLIDA IMPREVISIBLE

La jurisprudència ha declarat reiteradament que la doctrina del restabliment de l'equilibri econòmic financer no pot operar com una assegurança de pèrdues i no impedeix en cap cas que s'hagi d'exigir al concessionari que actuï amb la diligència deguda en la seva gestió empresarial. En aquest sentit, la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 16 de juliol de 2008 va declarar que el manteniment de l'equilibri econòmic financer és un principi que no es pot entendre ni com una garantia de benefici pel concessionari ni com una assegurança de possibles



Ajuntament de Granollers  
Secretaria

Àrea de Processos  
Estratègics i Comunicació

Pl. de la Porxada, 6. 4a.  
Tel. 93 842 66 30  
08401 Granollers  
secretaria@ajuntament.granollers.cat

NIF P-0809500-B

pèrdues, sinó una institució que pretén que pugui continuar la prestació del servei en circumstàncies anormals sobrevingudes. I en termes similars es pronuncia la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 3 d'abril de 2006.

En el cas que ens ocupa i a la vista de les xifres que resulten dels informes que han analitzat tant la gestió de Comercial Berlín SL com el context econòmic en el qual es desenvolupa el contracte, sí que podem afirmar que la ruptura de l'equilibri econòmic, en principi, no obeeix a una gestió deficient del contractista atès que segons es diu en els meritats informes el contractista ha complert amb les seves obligacions contractuals, i a més no consta a l'expedient administratiu que s'hagi incoat cap procediment per reclamar responsabilitats per incompliment o que hagi estat sancionat per aquest motiu.

La jurisprudència ha anat conformant un cos de doctrina en torn del qual s'ha construït el principi de l'equilibri econòmic financer del contracte afirmant que el trencament d'aquest principi més enllà de límits raonables derivats de l'execució del contracte a risc i ventura del contractista, de forma que aquest trencament genera l'obligació de l'administració de restablir l'equilibri econòmic financer del contracte atès que no resulta ajustat a dret que la prestació contractual s'executi a costa de greus pèrdues del contractista per una aplicació absoluta i desmesurada del principi d'execució del contracte a risc i ventura del contractista. En aquest sentit és molt clara la sentència del Tribunal Suprem de 13 de novembre de 1986, que va declarar el següent:

*"... en los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, en especial 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, (...) que provenga de acontecimientos imprevistos o imprevisibles en el momento de celebrar el contrato, ha de ser compartida por la Administración contratante, asumiendo parcialmente, con el concesionario, el riesgo y la ventura de la explotación (es decir, las consecuencias, que puedan derivar de los eventos, inicialmente excluidos de la concesión en cuanto ajenos a 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..."*

La tesi que exposa aquesta sentència i que parteix de la consideració del risc raonablement imprevisible que afecta l'economia del contracte com a causa suficient per generar una obligació de restablir el principi de l'equilibri econòmic financer ha estat seguida per altres sentències posteriors del mateix Tribunal Suprem: RJ 2001/1464, 6721/2001, 6281/2004.

I també en aquesta mateixa línia, però enllaçant la doctrina del risc imprevisible a la clàusula *rebus sic stantibus*, la sentència del Tribunal Suprem de 18 d'abril de 2008 va declarar el següent:

*"La doctrina del riesgo imprevisible, enlazada a la de la cláusula rebus sic stantibus, exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de modo que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente podía preverse".*

I la sentència del Tribunal Suprem de 25 d'abril de 2008 declara el següent:

*"Es indudable que la imprevisibilidad contempla sucesos que sobrevienen con carácter*



*extraordinario que alteran de forma muy notable el equilibrio económico y contractual existente en el momento del contrato pues sobrepasan los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. Implica por tanto, aplicar los principios de equidad (artículo 3.2 CC) y de buena fe (artículo 7.1 CC) por la aparición de un riesgo anormal que cercena el principio del equilibrio económico financiero entre las partes pero sin atacar frontalmente el principio de riesgo y ventura esencial en la contratación pública”.*

La incidència d'una crisi econòmica d'abast més o menys global en l'execució dels contractes administratius que ocasiona directament el trencament del principi de l'equilibri econòmic financer del contracte fins l'any 2013 no ha estat objecte d'un tractament normatiu general i tampoc la doctrina i la jurisprudència no havien estat pacífiques en el tractament d'aquesta qüestió que en el moment actual és de gran interès a causa de la situació d'intensa recessió econòmica en què ens trobem. Això fa que les solucions a adoptar s'hagin de construir pensades per un cas concret determinat sense que es puguin extrapol·lar a d'altres casos en els que també concorri una situació de crisi econòmica en l'execució del contracte administratiu.

Com a sentències il·lustratives d'una posició inicial del TS, reticent a estimar la incidència de la crisi econòmica en el trencament de l'equilibri econòmic financer del contracte trobem la sentència del Tribunal Suprem de 4 de juliol de 2003 que examina un supòsit de descens de clients de la cafeteria de l'aeroport degut a la crisi del sector turístic per la guerra del Golf o la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid de 3 d'abril de 2005 que examina el cas de disminució de vendes en les places d'aparcament provocada per la gran crisi immobiliària. Aquesta sentència declara el següent:

*...”la imprevisibilidad de la que habla el artículo 127.2 del RSCL y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando en una concesión de servicio público se produce una fuerte caída de la demanda, alude a acontecimientos extraordinarios que hacen que un determinado índice de demanda que se mantiene hasta un momento concreto, caiga por la aparición de esos acontecimientos que hasta ese momento no se habían producido, lo que aquí no ha sucedido, porque la demanda en ese caso no es que caiga tras un período más o menos largo de acuerdo con las previsiones, sino que ya desde el principio las plazas demandadas tanto en derecho de uso como en plazas rotatorias es notablemente inferior a la prevista, pero esto no se debe a que surjan circunstancias nuevas, imposibles de prever en el estudio de mercado (...) sino que sencillamente lo que sucede es que la demanda real no se ajusta a la prevista en parte porque las necesidades reales de plazas de aparcamiento no eran las esperadas...”*

En definitiva, aquesta sentència no és que negui *ab radice* que la crisi econòmica es pugui valorar com a element que trenca l'equilibri econòmic financer del contracte, sinó que el que diu és que en la mesura que la crisi econòmica no era un factor imprevisible, és a dir, que no integra el que es coneix com a risc imprevisible, la seva incidència no es pot valorar en el cas concret perquè els operadors econòmics contractuals podien conèixer la seva existència i per tant el que havia d'haver fet el concessionari és ajustar la seva oferta al context econòmic real i previsible durant el temps d'execució del contracte. En conclusió, una cosa és un mal estudi econòmic i una altra cosa és una circumstància realment imprevista, i en aquest sentit la sentència afegeix el següent:

*“En este sentido el estudio de mercado es el que determina tanto las plazas a construir como su precio, pero a la vista de lo sucedido, es claro que dicho estudio no acertó, lo que obviamente no significa que la menor demanda de unas y otras plazas se debiera a la aparición de fenómenos imprevisibles cuando se hizo dicho estudio”.*



Ajuntament de Granollers  
Secretaria

Àrea de Processos  
Estratègics i Comunicació

Pl. de la Porxada, 6. 4a.  
Tel. 93 842 66 30  
08401 Granollers  
secretaria@ajuntament.granollers.cat

NIF P-0809500-B

Aquesta sentència entronca amb una línia jurisprudencial que sí que accepta la crisi econòmica com a causa de ruptura de l'equilibri econòmic financer sempre i quan la crisi econòmica no hagués existit en el moment de formalització del contracte. I així, la sentència del Tribunal Suprem de 23 d'octubre de 1985 declara el següent

*"...no puede calificarse de fuerza mayor una crisis económica, que ya existía en el momento de perfeccionarse el contrato y que por tanto era conocida por el adquirente".*

Aquesta sentència, a sensu contrario, el que ve a dir és que si la crisi econòmica no hagués estat coneguda en el moment de la formalització del contracte sí que es podria considerar com a element o circumstància imprevisible als efectes de determinar la ruptura de l'equilibri econòmic financer.

Seguint amb aquesta línia jurisprudencial, el Tribunal Superior de Justícia de Madrid en sentència de 24 de juny de 2005 ha declarat que en els casos de greus crisis econòmiques com la derivada del preu del petroli, guerres o grans catàstrofes naturals resulta procedent arbitrar mesures per compensar al contractista que no té l'obligació de suportar totes les pèrdues econòmiques que li genera l'execució del contracte.

En el cas que ens ocupa ja hem dit que estem davant d'una crisi econòmica que per la seva intensitat i durada ha afectat l'economia del contracte i que aquesta crisi no podia ser prevista per les parts en el moment de formalitzar el contracte. Ja hem vist els informes emesos, en especial per PWC, que fan un relat numèric i objectiu de les dades de la crisi, el moment en què es va produir i com està afectant l'economia i en concret al mercat de l'aparcament.

Tal com s'ha exposat a l'informe tècnic de Serveis Municipals a partir de les dades d'experts i publicacions especialitzades, el sector de l'aparcament ha patit, des del 2007- 2008, una caiguda global d'aproximadament el 30% de l'ocupació de places, essent encara més accentuada la reducció en les places de pupil·latge que ha experimentat una reducció d'abonats de fins a un 50%. Com assenyala l'informe tècnic que acompanya l'expedient, la davallada d'usos ha anat acompanyat d'una reducció del temps de permanència dels usuaris i d'un gran augment dels arrendaments privats amb preus molt més baixos (entre un 10 i un 30%) que a l'inici de la crisi, en el cas dels lloguers. Els comptes d'explotació de l'aparcament del carrer Colom coincideixen plenament amb aquests canvis i amb l'evolució del sector des del primer moment de la crisi econòmica, que coincideix amb el començament de la seva activitat.

Totes aquestes circumstàncies, valorades en conjunt, fan que estimem procedent i ajustat a dret que s'arbitrin mesures a partir de la modificació del contracte per tal de restablir l'equilibri econòmic financer i establir un marc contractual en el qual es puguin complir les prestacions i a la vegada garantir l'interès públic que l'administració té l'obligació de defensar en tots els casos.

Més recentment podem parlar de la consagració definitiva d'aquest principi: és amb la Sentència del TS de 15 d'octubre de 2014.

No hi ha dubte que el TS ha donat un tomb en la seva concepció de la clàusula *rebus sic stantibus* (així estan les coses) i diu de forma literal en el FJ sisè:

*En este sentido debe señalarse que, en la actualidad, se ha producido un cambio progresivo de la concepción tradicional de esta figura referenciada en torno a un marco de aplicación sumamente restrictivo concorde, por lo demás, con una caracterización singular de la cláusula, de "peligrosa" o "cautelosa" admisión, y con una formulación rígida de sus requisitos de aplicación: "alteración*





*extraordinaria", "desproporció desorbitante" y circunstancias "radicalmente imprevisibles"; caso de la Sentencia de esta Sala, de 23 de abril de 1991, que es tomada por la Audiencia como referente jurisprudencial para declarar la inaplicación de la cláusula rebus. Por contra, en la línea del necesario ajuste o adaptación de las instituciones a la realidad social del momento, así como al desenvolvimiento doctrinal consustancial al ámbito jurídico, la valoración del régimen de aplicación de esta figura tiende a una configuración plenamente normalizada en donde su necesaria aplicación prudente no deriva de la anterior caracterización, sino de su ineludible aplicación casuística, de la exigencia de su específico y diferenciado fundamento técnico, y de su concreción funcional en el marco de la eficacia causal de la relación comercial derivada de su imprevisibilidad contractual y de la ruptura de la base económica del contrato, con la consiguiente excesiva onerosidad para la parte contractual afectada. Esta tendencia hacia la aplicación normalizada de la figura, reconocible ya en las Sentencias de esta Sala de 17 y 18 de enero de 2013 (núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente), en donde se declara que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias, ha tomado cuerpo en la reciente Sentencia de esta Sala de 30 de abril de 2014 (núm. 333/2014) con una detallada fundamentación y caracterización técnica de la figura y del desarrollo de la doctrina jurisprudencial relativa a su régimen de aplicación.*

Aquesta Sentència suposa la consagració del principi i ha estat llargament comentada per la més reputada doctrina.

Però la sorpresa de la seva aplicació va venir de la sentència 333/2014 de 30 de juny de 2014, perquè és un contracte patrimonial, amb el sector públic en què la prestació és d'ingrés i que les circumstàncies fan que es desplomin les previsions. És un cas clarament equiparable al cas que estem analitzant.

En efecte la doctrina del reequilibri de les prestacions en el camp dels contractes patrimonials que en la seva preparació i adjudicació se sotmeten al Dret Públic però en la seva execució al Dret Privat es tracta en la mateixa.

El cas és una entitat que té els Drets d'explotació dels espais publicitaris de la ciutat (domini públic) i aquesta va experimentar un descens en la facturació. Segons dades acreditades en els anys 2007 i 2009, el descens era del 67.2% produint un impacte en la facturació de l'empresa inferior en un 35% a 45% d'allò que preveia.

El FJ setè de la STS 333/2014 de 30 de juny de 2014, diu de forma literal:

*"Cambio de circunstancias: crisis económica y excesiva onerosidad.*

*Como se ha señalado, las citadas Sentencias de Pleno de 17 y 18 de enero de 2013 constituyen un punto de partida, o toma en consideración, hacia una configuración de la figura normalizada en cuanto a su interpretación y aplicación se refiere, de ahí que fuera de las trabas de la concepción tradicional, con una calificación de la aplicación de la figura como excepcional y extraordinaria, cuando no de peligrosa, se razone, conforme a los textos de armonización y proyectos europeos en materia de contratación (Principios Unidroit, PECL y propuesta de la Comisión General de Calificación), ya como tendencia, o bien como canon interpretativo, en pro de una normal aplicación de la figura sin más obstáculos que los impuestos por su debida diferenciación y el*



*marco establecido de sus presupuestos y requisitos de aplicación que, de por sí, ya garantizan una prudente aplicación de la figura.*

*Ello se traduce, a diferencia de la doctrina jurisprudencial anterior, en la estimación, como hecho notorio, de que la actual crisis económica, de efectos profundos y prolongados de recesión económica, puede ser considerada abiertamente como un fenómeno de la economía capaz de generar un grave trastorno o mutación de las circunstancias y, por tanto, alterar las bases sobre las cuales la iniciación y el desarrollo de las relaciones contractuales se habían establecido. No obstante, reconocida su relevancia como hecho impulsor del cambio o mutación del contexto económico, la aplicación de la cláusula rebus no se produce de forma generalizada ni de un modo automático pues como señalan ambas Sentencias, y aquí se ha reiterado, resulta necesario examinar que el cambio operado comporte una significación jurídica digna de atención en los casos planteados, esto es, que la crisis económica constituya en estos casos un presupuesto previo, justificativo del cambio operado no significa que no deba entrarse a valorar su incidencia real en la relación contractual de que se trate; de ahí, que ambas Sentencias destaquen que la crisis económica, como hecho ciertamente notorio, no pueda constituir por ella sola el fundamento de aplicación de la cláusula rebus máxime, como resulta de los supuestos de hecho de las Sentencias citadas, cuando confundiendo la tipicidad contractual de la figura se pretende su aplicación por la vía errónea de la imposibilidad sobrevenida de la prestación (1182 a 1184 del [Código Civil](#)).*

*En relación a la excesiva onerosidad hay que señalar que su incidencia debe ser relevante o significativa respecto de la base económica que informó inicialmente el contrato celebrado. Este hecho se produce cuando la excesiva onerosidad operada por dicho cambio resulte determinante tanto para la frustración de la finalidad económica del contrato (viabilidad del mismo), como cuando representa una alteración significativa o ruptura de la relación de equivalencia de las contraprestaciones (conmutatividad del contrato). En este caso, las hipótesis son básicamente dos; que la excesiva onerosidad refleje un substancial incremento del coste de la prestación, o bien, en sentido contrario, que la excesiva onerosidad represente una disminución o envilecimiento del valor de la contraprestación recibida. En este contexto, y dentro de la fundamentación objetiva y de tipicidad contractual señalada, pueden extraerse las siguientes consideraciones de carácter general:*

*A). La base económica del contrato, como parámetro de la relevancia del cambio, esto es, de la excesiva onerosidad, permite que en el tratamiento de la relación de equivalencia sea tenida en cuenta la actividad económica o de explotación de la sociedad o empresario que deba realizar la prestación comprometida.*

*B). Desde esta perspectiva parece razonable apreciar la excesiva onerosidad en el incremento de los costes de preparación y ejecución de la prestación en aquellos supuestos en donde la actividad económica o de explotación, por el cambio operado de las circunstancias, lleve a un resultado reiterado de pérdidas (imposibilidad económica) o a la completa desaparición de cualquier margen de beneficio (falta del carácter retributivo de la prestación).*

*C). En ambos casos, por mor de la tipicidad contractual de la figura, el resultado negativo debe desprenderse de la relación económica que se derive del contrato en cuestión, sin que quepa su configuración respecto de otros parámetros más amplios de valoración económica: balance general o de cierre de cada ejercicio de la empresa, relación de grupos empresariales, actividades económicas diversas, etc”*



I prossegueix la referida STS:

*“De modo que, conforme a lo expuesto, no parece que pueda imputarse dicho riesgo cuando por la transcendencia del mismo no cayera en la esfera de control de la parte en desventaja, ni razonablemente se tuvo en cuenta o se esperase que se tuviese en cuenta en la distribución natural de los riesgos derivados del contrato. Pues bien, esto es lo que ocurre en el presente caso de acuerdo con el análisis de las periciales practicadas, aceptadas en ambas instancias, en donde se desprende que aun siendo la empresa adjudicataria una empresa de relevancia del sector y, por tanto, conocedora del riesgo empresarial que entraña la explotación del negocio, no obstante, nada hacía previsible en el año 2006, momento de la contratación, del riesgo y la envergadura de la crisis económica que se revelaba dos años después de forma devastadora. De este contexto se comprende que en el momento de la contratación, de claras expectativas de crecimiento, solo se tuvieron en cuenta, de acuerdo con las prácticas negociales del sector, la participación de la empresa ofertante en el incremento esperado de la facturación en los años sucesivos, pero no la situación contraria o su posible modificación, caso que si ocurrió, de forma llamativa, cuando dicha empresa, ya en la situación de crisis del sector, y desligada del anterior contrato, adapta su nueva oferta de adjudicación a la realidad del nuevo contexto económico.*

*Esta línea, por lo demás, también es seguida por la doctrina de la Sala Tercera de este Tribunal al valorar la teoría de la imprevisión en el ámbito de la contratación pública; supuestos, ente otros, de los contratos afectados por la denominada crisis del petróleo, SSTS de 12 de diciembre de 1979 y 16 de septiembre de 1988, de su repercusión en el incremento extraordinario de los ligantes asfálticos, SSTS de 26 y 27 de diciembre de 1990, o de los contratos afectados por la actual crisis económico- financiera, STS de 16 de mayo de 2011. Todo ello, en la medida en que, por el carácter extraordinario y profundo de la alteración económica, su acaecimiento no pudiera razonablemente preverse, de forma que se cercene el principio de equilibrio financiero entre las partes reportando una excesiva onerosidad contraria a los principios de equidad y buena fe contractual.*

*Determinado el carácter extraordinario de la alteración de las circunstancias, por el hecho notorio de la actual crisis económica, su notable incidencia en el contexto del mercado publicitario del transporte y su nota de imprevisibilidad en el marco de razonabilidad de la distribución asignación de los riesgos del contrato, la tipicidad contractual de la figura requiere, además, que dicha alteración o cambio de circunstancias produzca una ruptura de la razón de conmutatividad del contrato traducida en una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación de la parte afectada.*

*En el presente caso, según la doctrina jurisprudencial expuesta, y siguiendo las periciales aceptadas por ambas instancias, cabe constatar dicha excesiva onerosidad que se desprende, de un modo claro, en el tránsito del ejercicio del 2008 al 2009, con el balance negativo, ante la caída desmesurada de la facturación, que no solo cierra con sustanciales pérdidas la concreta línea de negocio en cuestión, sino que compromete la viabilidad del resto de áreas de explotación de la empresa, en caso de cumplimiento íntegro del contrato según lo pactado.”*

Aquest cas és equiparable al que estem tractant i per tant entenem que mentre durin les circumstàncies imprevisibles, cal aplicar la clàusula *rebús sic stantibus* fins al punt que el reequilibri contractual es doni d'una forma comprensible i amb sentit comú, i no suposi un perjudici pel contractista que cap de les parts van preveure.



#### QUART.- EL PROCEDIMENT PER FER EFECTIU EL RECONeixEMENT DEL CONTRACTISTA AL REEQUILIBRI CONCESSIONAL: LA MODIFICACIÓ CONTRACTUAL TEMPORAL CONDICIONADA A L'EVOLUCIÓ DE LES CIRCUMSTÀNCIES DEL MERCAT

Per fer efectiva la clàusula es proposa una modificació contractual perquè temporalment es restableixi l'equilibri.

La facultat de modificar el contracte, sigui per mutu acord com és el cas que ens ocupa, o sigui per una resolució unilateral de l'Administració en exercici del ius variandi tot i tenir suport en el nostre ordenament jurídic, ha estat contemplada tradicionalment tant per la doctrina com per la jurisprudència amb certes cauteles en la mesura en què una aplicació extensiva d'aquesta facultat pot afectar els principis de publicitat i de lliure concurrència. En aquest sentit cal destacar que la regulació vigent, tot i que no aplicable al cas que ens ocupa, en matèria de modificació contractual que conté el Real Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel que s'aprova el *texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*. Va ser introduïda per la Llei d'Economia Sostenible amb la finalitat de limitar al màxim els supòsits de modificació contractual.

L'article 107 TRLCSP habilita a l'òrgan de contractació per introduir modificacions en el contracte per raons d'interès públic fonamentades en necessitats noves o causes imprevistes degudament justificades i remet al mateix text legal per les qüestions relatives a la formalització de la modificació contractual.

És d'aplicació l'article 107 en els apartats 1, a) i 3 del TRLCSP:

*Artículo 107. Modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación.*

*1. Las modificaciones no previstas en los pliegos o en el anuncio de licitación solo podrán efectuarse cuando se justifique suficientemente la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:*

*a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.*

*(...)*

*3. A los efectos de lo previsto en el apartado anterior, se entenderá que se alteran las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato en los siguientes casos:*

*a) Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales de la prestación inicialmente contratada.*

*b) Cuando la modificación altere la relación entre la prestación contratada y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.*

*c) Cuando para la realización de la prestación modificada fuese necesaria una habilitación profesional diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.*

*d) Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 por ciento del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.*

*e) En cualesquiera otros casos en que pueda presumirse que, de haber sido conocida*



*previamente la modificación, hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores que tomaron parte en el mismo hubieran presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas.*

En el cas que ens ocupa, la modificació contractual no es planteja com un supòsit d'exercici del *ius variandi* que assisteix a l'administració per modificar unilateralment el contracte sinó que estem davant d'un cas en què la modificació contractual es produeix de mutu acord a partir d'una primera petició, que formula el contractista, basada en la concurrència de circumstàncies sobrevingudes que es materialitzen en un context de crisi econòmica referit al contracte de l'Ajuntament amb Comercial Berlín S.L. que ha estat analitzat tant en sentit general com en sentit particular pels informes referits als antecedents de fet. El nou redactat que es proposa modificar és el següent:

*“Clàusula 26. Cànon*

*El concessionari queda obligat a abonar a l'Ajuntament un cànon concessional de caràcter anual, per raó de l'ocupació del domini públic utilitzat i altres continguts de la concessió.*

*L'Ajuntament no exigirà als usuaris cap cànon o preu públic per raó de la concessió o ús de l'aparcament.*

*El cànon que es fixa per cada període anual, de l'1 de setembre d'un any fins al 31 d'agost de l'exercici posterior, serà l'equivalent al 5 per cent dels ingressos recaptats per l'empresa concessionària de l'explotació de la totalitat de les places de l'aparcament.*

*Als efectes de comprovació i verificació de les xifres de vendes mensuals, l'empresa concessionària lliurarà a l'Ajuntament de Granollers la següent documentació:*

*- Informe descriptiu del sistema intern de control establert per a la validació de les xifres de recaptació amb les d'ocupació/ús de l'aparcament. Aquest informe es lliurarà a l'aprovació de la present modificació i, si escau, quan l'empresa introdueixi canvis en l'esmentat sistema de control intern.*

*- Cada quadrimestre, transcorregut 1 mes des de la finalització del període:*

- Ingressos mensuals del període 1 de setembre a 31 d'agost de cada anualitat, pel conjunt de l'activitat.*
- distribució dels ingressos segons modalitat d'ús i segons tipus de tarifa.*
- detall diari i resum mensual de l'activitat (entrades de rotació i pupil·latge 24 h).*
- Cada any, transcorreguts màxim 2 mesos des de la finalització del període anual (31 d'agost):*
  - Resum anual de les dades definitives, amb el mateix nivell de desagregació que la informació quadriennal.*

*L'Ajuntament de Granollers podrà demanar, a títol informatiu o de control, que l'empresa Comercial Berlín S.L. acrediti algunes despeses, ingressos, ocupació de l'aparcament o tarifes aplicades, mitjançant l'aportació de factures, comprovants d'ingressos o altra informació necessària per a la verificació dels comptes presentats.*

*Considerant també que les previsions del sector són de lleugera recuperació, es considera aconsellable plantejar aquest nou cànon per un termini màxim de 3 anualitats (2016 a 2018),*



Ajuntament de Granollers  
Secretaria

Àrea de Processos  
Estratègics i Comunicació

Pl. de la Porxada, 6. 4a.  
Tel. 93 842 66 30  
08401 Granollers  
secretaria@ajuntament.granollers.cat

NIF P-0809500-B

*procedint a la seva revisió en funció de l'evolució de l'activitat i l'estudi de la viabilitat econòmica futura de l'explotació.*

*Cànon 2016: 01/09/2015 a 31/08/2016*

*Cànon 2017: 01/09/2016 a 31/08/2017*

*Cànon 2018: 01/09/2017 a 31/08/2018*

*Tanmateix es proposa aprovar el cànon corresponent a l'anualitat 2016 per import de 5.052,63 € , resultat d'aplicar el 5 per cent de la xifra d'ingressos totals del període 01 de setembre de 2015 a 31 d'agost de 2016, que suma un total de 101.052,70 euros, segons determina la nova forma de quantificació del cànon, aplicant aquest ingrés al concepte pressupostari J3130/55009- concessió d'aparcaments subterranis”.*

Per tot aquests arguments proposo la següent,

## CONCLUSIÓ

PRIMERA.- En l'execució del contracte de l'aparcament de l'ús privatiu de l'aparcament del subsòl de Calderón de la Barca de Granollers, s'ha produït un desequilibri econòmic en el contracte que d'acord l'informe tècnic incorporat a l'expedient administratiu reflexa que la crisi ha estat una causa imprevisible per l'execució contractual i per tant és procedent reequilibrar les prestacions.

SEGONA.- Es donen les circumstàncies per tramitar una modificació del contracte de caràcter temporal que permeti al contractista reduir les pèrdues. Caldrà efectuar un seguiment acurat de la concessió i quan les circumstàncies funcionals es refacin, modificar el contracte de nou tornant-lo a la seva redacció original.

No obstant això se sotmet aquest informe a qualsevol altre millor fonamentat en Dret.

Granollers a 23 de gener de 2017

El Director dels Serveis Jurídics