



INFORME 5/2008, DE 10 DE JULIO, SOBRE MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO EN CONTRATO DE SERVICIOS.

ANTECEDENTES

El Servicio Madrileño de Salud dirige a la Junta Consultiva escrito formulando la consulta siguiente:

Se solicita la emisión de informe en relación con la viabilidad de la modificación contractual de concursos abiertos que tienen por objeto la prestación del servicio de limpieza del Hospital Universitario La Paz.

A tal fin, se exponen los siguientes,

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Que, con fecha 28 de abril de 2004, se suscribió contrato administrativo con la empresa (...), dimanante del concurso abierto 2/04, para la prestación del “Servicio de Limpieza del Hospital Universitario “LA PAZ”, con un plazo de duración de dos años.

SEGUNDO.- Que el citado contrato ha sido prorrogado, por períodos trimestrales, en las siguientes fechas: 28 de abril de 2006, 28 de julio de 2006, 27 de octubre de 2006, 26 de diciembre de 2006, y bimensuales con fechas 1 de abril de 2007, 1 de junio de 2007 y 1 de agosto de 2007.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27 (Régimen económico) del Convenio colectivo que resulta de aplicación al citado personal, en su párrafo segundo, dispone que: “La empresa se compromete a aplicar de forma automática los aumentos y mejoras económicas que le sean concedidas al personal del IMSALUD (grupo E nivel 13), desde la misma fecha que estas sean concedidas”, la mercantil (...) procedió a abonar a los trabajadores del servicio de limpieza, en la nómina correspondiente al mes de mayo de 2007, las cantidades establecidas como abono a cuenta para el segundo nivel del modelo de promoción profesional del Grupo E en la Resolución del Director General de Recursos Humanos de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid, de fecha 29 de marzo de 2007.

TERCERO.- Que el mencionado contrato ha sido modificado en las ocasiones, y por los motivos que, a continuación, se indican:

1.- *Resolución de 31 de marzo de 2006 de la Dirección General de Recursos Humanos por la que se regula el abono del anticipo a cuenta de la futura Promoción Profesional, del personal no sanitario de la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad Autónoma de Madrid.*

- *Resolución de la Directora General del Servicio Madrileño de Salud, de fecha 23 de junio de 2006, previo informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad, de fechas 1 y 6 de junio de 2006, sobre la base de las siguientes manifestaciones: “Los principios de riesgo y ventura y el equilibrio económico-financiero del contrato deben coordinarse para evitar una excesiva onerosidad para alguna de las partes contratantes”, mediante la que se compromete a emitir las instrucciones correspondientes a los diferentes Centros Sanitarios para que reflejen en los respectivos contratos los efectos económicos derivados de la aplicación de la Resolución que figura en el párrafo primero para el personal del servicio de limpieza que reúna los requisitos de contrato fijo y antigüedad en la empresa mayor a cinco años. Todo ello con objeto que las respectivas empresas puedan abonar las cuantías correspondientes a los trabajadores”.*

2.- *Resolución, de 29 de marzo de 2007 de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se dictan instrucciones para el abono a cuenta de las cantidades establecidas en el Acuerdo de Consejo de Gobierno, de 25 de enero de 2007, de segundo nivel del modelo de promoción profesional.*

- *Resolución de la Directora General del Servicio Madrileño de Salud, de fecha 7 de mayo de 2007, a la vista del informe favorable del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid, de fecha 3 de mayo de 2007, RESUELVE aprobar el expediente de modificación del contrato suscrito con la empresa (...) para hacer frente a la diferencia de la liquidación del pago a cuenta del primer nivel 2006 contemplada en el Acuerdo sobre promoción profesional, de 25 de enero de 2007.*

CUARTO.- *Que, con fecha 6 de julio de 2007, previa solicitud de la empresa (...), el Director Gerente del Hospital Universitario “LA PAZ”, y al amparo de la Resolución de 23 de junio de 2006 de la Directora General de Servicio Madrileño de Salud, solicitó*

la tramitación del expediente de modificación contractual para el abono de las cantidades que, en concepto de carrera profesional, correspondía a los niveles I y II.

Dicha modificación no pudo llevarse a cabo a la vista del Informe jurídico desfavorable del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad, por considerar que la Administración Sanitaria no ha sido parte en el Convenio Colectivo suscrito entre la Empresa de limpieza y los trabajadores de la misma, así como por resultar de aplicación al contrato administrativo el principio de riesgo y ventura.

Si bien es cierto, como pone de manifiesto el letrado en su Informe, que el convenio colectivo de centro no vincula al Servicio Madrileño de Salud al no ser parte del mismo y que el concepto retributivo “promoción profesional” es específico del personal estatutario de éste, no lo es menos que éste repercute de modo directo en el precio del contrato.

Esta repercusión, imprevisible para el contratista, provoca una situación de desequilibrio financiero en el contratista debida directamente al “factum principis”, es decir, por las medidas adoptadas por la Administración en el ejercicio de sus potestades administrativas generales, que modifican el contrato de una forma directa, haciendo más oneroso su cumplimiento.

En este sentido, la jurisprudencia (STS 19 de enero de 1988 [F.3] [RJ 1998, 322]) ha entendido que tanto la doctrina del “factum principis” como la de la “alteración de las circunstancias” –el tradicional “rebus sic stantibus”- pueden justificar la alteración unilateral de los términos del contrato en función de “circunstancias sobrevenidas”, como excepción admitida al principio fundamental “contractus lex” (...).

Es decir, no se trata de una revisión de precios, cuyas fórmulas deben estar recogidas en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, sino de unas circunstancias sobrevenidas que rompen el equilibrio contractual y que hacen ineficaz las previsiones contenidas respecto a la concreta revisión de precios, produciendo un desequilibrio económico de tal entidad y naturaleza que: “el cumplimiento por el contratista de sus obligaciones derivadas de ella (de la alteración de las circunstancias), sea excesivamente oneroso para el mismo, el cual razonablemente no pudo prever, incluso empleando una diligencia dura de las normas de este tipo de contrataciones, entonces y en este último supuesto ha de acudir a la aplicación de la doctrina de “riesgo razonablemente imprevisible” como medio extraordinario, como extraordinarias son sus causas, para restablecer el equilibrio económico del contrato. Es decir, para que

sea aplicable dicha doctrina a fin de producir los efectos pretendidos, como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de la “revisión de precios” es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes (...).”

Una vez acreditado el desequilibrio económico del contrato producido en el contratista como consecuencia de un acto unilateral e imprevisible por parte de la Administración, no podría pretenderse que se trate de una revisión de precios, siendo que, por el contrario, se trataría de una modificación contractual como consecuencia de una modificación en las circunstancias contractuales pactadas.

En el informe del Servicio Jurídico, citado ut supra, se hace mención a dos Informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa (Estatual y la propia de la Comunidad Autónoma) que se estima no son de aplicación al caso concreto, al referirse a situaciones que no presentan analogía alguna, tratándose en uno de los supuestos (Informe 34/1999, de 12 de noviembre de 1999 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal) de la repercusión de los convenios colectivos en las ofertas presentadas por licitadores en relación con las bajas temerarias, mientras que el otro (Informe 4/2003, de 12 de junio, sobre revisión de precios en los contratos de limpieza) se refiere a la fijación de precios adecuados al mercado, es decir, a la determinación del precio de licitación.

Por último, en este caso concreto adquiere gran importancia la “teoría del antecedente” y del “principio de actos propios” y, como ya se ha indicado en los “Antecedentes” del presente escrito, ya se ha producido una modificación contractual como consecuencia de la equiparación del personal de limpieza con el grupo E, por idéntico concepto retributivo, del personal estatutario del Servicio Madrileño de Salud, lo que podría dar lugar a actuaciones contradictorias de la propia Administración, sin haber justificado la Asesoría Jurídica los motivos que conducen a un cambio de criterio y las consecuencias en el orden jurídico, originando el tratamiento de supuestos idénticos de modo distinto con posibles efectos lesivos para los interesados.

A la vista de lo anterior, solicitamos un pronunciamiento sobre si resulta posible la modificación del contrato al amparo de la doctrina del “factum principis” o del “rebus sic stantibus”, haciéndose constar que, aunque el contrato que dio lugar a la controversia expuesta ha sido ya ejecutado, la situación descrita persiste con la nueva empresa y afecta no sólo al Hospital La Paz sino también a todos los centros sanitarios dependientes del Servicio Madrileño de Salud.

Al escrito se acompañan:

- Pliegos de cláusulas administrativas particulares del contrato de servicio de limpieza del Hospital Universitario la Paz.
- Pliegos de prescripciones técnicas para el servicio de limpieza del Hospital Universitario la Paz.
- Resolución de la Dirección General del Servicio Madrileño de Salud por la que modifica el contrato 2/04, de fecha 1 de agosto de 2006.
- Documento de formalización de la modificación del contrato 2/04 de 11 de septiembre de 2006.
- Documento de formalización de modificación del contrato 2/04, de fecha 21 de mayo de 2007.
- Informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad de 19 de julio de 2006.
- Informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad de 1 de junio de 2006, referido a los servicios de limpieza del Hospital 12 de Octubre y Hospital Príncipe de Asturias.
- Informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad y Consumo de 23 de julio de 2007.

CONSIDERACIONES

1.- La solicitud de informe plantea si en el supuesto que se pone de manifiesto resulta posible la modificación del contrato al amparo de la doctrina del *factum principis* o del riesgo imprevisible en relación con el principio de *rebus sic stantibus*.

Con carácter previo al análisis de la consulta formulada, que como se indica en su planteamiento tiene proyección general aunque se formule sobre un supuesto concreto, se debe precisar que el presente informe no tiene carácter preceptivo ni vinculante y se emite sin perjuicio de los que corresponde emitir a los órganos competentes en la tramitación administrativa de los contratos.

La normativa de contratación aplicable al supuesto en cuestión es la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio y normativa de desarrollo, en virtud de lo dispuesto en el apartado 2 de la disposición transitoria primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, así como a lo previsto en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas particulares del contrato.

Según se indica en el escrito de la Directora General del Servicio Madrileño de Salud, el contrato para la prestación del servicio de limpieza se formalizó el día 28 de abril de 2004, por un periodo de dos años y fue objeto de varias prórrogas hasta octubre de 2007.

Asimismo, el contrato fue objeto de varias modificaciones, mediante sucesivas resoluciones de la Directora General del Servicio Madrileño de Salud, para hacer efectivos al personal de limpieza de la empresa, que tuviese contrato fijo y más de 5 años de antigüedad, los aumentos y mejoras económicas concedidas al personal del IMSALUD, grupo E, nivel 13, correspondientes a la promoción profesional del personal no sanitario de la Consejería de Sanidad, con el objeto de evitar una excesiva onerosidad a la empresa, dado que el régimen económico del convenio colectivo del centro preveía en su artículo 25 esta retribución.

Las referidas modificaciones en el precio del contrato no tienen su origen en necesidades nuevas o causas imprevistas, únicas posibles razones de modificación que admite el artículo 101 de la LCAP, tampoco responden a la novación que se produce con las prórrogas de contrato previstas en los artículos 67 y 198.1 de la LCAP, ni obedecen a la revisión de precios, que recoge el apartado 11 del anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso.

2.- El contrato, según dispone el artículo 98 de la LCAP y la cláusula 11 del pliego de cláusulas administrativas particulares, se entiende aceptado a riesgo y ventura del contratista, lo que implica que éste debe ejecutarlo por el precio y con las condiciones establecidas en el pliego y en el contrato.

Igualmente, el artículo 14 de la LCAP dispone que el contrato debe tener un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo convenido.

Por otra parte, el pliego de prescripciones técnicas particulares, al regular en su prescripción 7 las obligaciones del adjudicatario, incluye expresamente, respecto al número y coste de la plantilla, el compromiso de no establecer ningún tipo de acuerdo, referido a los trabajadores, salarial o de beneficios sociales o de otro tipo que pueda representar incremento de costes, que no sean los de carácter colectivo del sector, derivándose del incumplimiento de estos compromisos la responsabilidad del contratista de indemnizar al Hospital.

Para mantener el equilibrio económico del contrato y como excepción al principio de riesgo y ventura, el artículo 103 de la LCAP establece la posibilidad de llevar a cabo la revisión de precios mediante la aplicación de los índices o fórmulas de carácter oficial que determine el órgano de contratación en el pliego, donde además se consignará el método o sistema para su concreta aplicación, de conformidad con los requisitos que establecen los artículos 104 a 108 de la LCAP, y 101 y 104 a 106 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP).

A tales efectos el pliego, en su anexo I apartado 11, recoge la procedencia de la revisión de precios, indicando que el método para su aplicación será “en función de la variación del IPC de Servicios, al inicio de la segunda anualidad de ejecución de contrato (mes decimotercero)”, sin prever la posibilidad de aplicar medidas correctoras del Convenio Colectivo del Sector u otras circunstancias, ni recoger la obligación del empresario de hacer frente a dichas mejoras ni repercutirlas a la Administración.

Por otra parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado indica en varios informes la improcedencia de revisión del precio del contrato a consecuencia del incremento salarial pactado en Convenio Colectivo, si no figura expresamente recogido en el pliego.

3.- Se plantea en la consulta la posibilidad de aplicar medidas extraordinarias distintas a la revisión de precios para mantener el equilibrio económico del contrato, por considerar que se ha producido una situación amparada por la doctrina del riesgo imprevisible o del *factum principis*.

Si bien es cierto que la revisión de precios no excluye la posibilidad de recurrir a la doctrina del riesgo imprevisible cuando el desequilibrio económico del contrato, por acontecimientos imprevistos e imprevisibles, sea de tal envergadura que la aplicación de las fórmulas oficiales de revisión resulten demostradamente insuficientes para reequilibrar la economía contractual, como viene manteniendo el Consejo de Estado (Memoria de 1987) y la Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 y 27 de

diciembre de 1990), no se considera aplicable al supuesto contemplado dado que las medidas económicas de promoción reconocidas para el personal no sanitario del Servicio Madrileño de Salud , acordadas por la Comunidad de Madrid , van dirigidas únicamente a su personal estatutario, y su aplicación a los trabajadores del servicio de limpieza por el contratista no devienen de aplicación por decisión de la Administración sino por la obligación que asume la empresa en virtud del Convenio Colectivo del centro, que únicamente afecta a las partes, y en el que no participa la Administración, por el que, por ende, no puede verse afectada.

El *factum principis* o “Hecho del Príncipe”, alude a medidas administrativas generales que aunque no modifiquen directamente el objeto del contrato, ni lo pretendan tampoco, inciden o repercuten sobre él haciéndole mas oneroso para el contratista sin culpa de éste. El *factum principis*, en cuanto medida imperativa y de obligado acatamiento siempre que reúna las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzca un daño especial al contratista, da lugar a compensación en aplicación del principio general de responsabilidad patrimonial que pesa sobre la Administración por las lesiones que infiere a los ciudadanos su funcionamiento o actividad normal o anormal (Arts. 106 Const., 139 LRJYPAC y 121 LEP). Se trata, en definitiva, de una alteración indirecta de la prestación pactada sin mediar modificación, debiendo, en su caso, interpretarse y atemperarse la compensación económica, pues en ningún caso puede convertirse en una garantía *a posteriori* de los beneficios de la empresa.

Para ello es necesario determinar si ha tenido lugar alguna excepción a los principios de precio cierto y riesgo y ventura y si los mayores costes, al no estar comprendidos en la aplicación de la revisión de precios, hacen procedente una posible compensación en virtud de la doctrina de riesgo imprevisible o del *factum principis*. O si se ha producido “riesgo razonablemente imprevisible”, que es un medio extraordinario para establecer el equilibrio económico del contrato, sobre el que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 30 de abril de 1999, fundamento de Derecho tercero, determina: “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 manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de la partes que la que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato, o en su caso la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado”. Asimismo, establece en Sentencia de 26 de diciembre de 1990, que para que sea aplicable la doctrina del riesgo imprevisible “como fórmula compensatoria de perjuicios experimentados por el contratista en cuanto no hayan sido cubiertos a través de la figura jurídica de revisión de precios es menester que

las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles sean producidas sin culpa en los contratantes”. En idéntico sentido se pronuncia la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en su sentencia de 31 de octubre de 2006.

En el supuesto que se analiza, la alteración del equilibrio financiero del contrato no se ha debido a un riesgo imprevisible que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse éste, ya que tiene su origen en la obligación contraída por la empresa adjudicataria del contrato de limpieza del Hospital, en virtud de los Convenios Colectivos del centro suscritos en junio de 2004, con vigencia desde el 1 de enero de 2004 hasta 31 de diciembre de 2005, y el 10 de julio de 2006, con vigencia de 1 de enero de 2006 hasta 31 de diciembre 2007. Teniendo en cuenta además que el Convenio Colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la Comunidad de Madrid para los años 2005, 2006 y 2007 no recoge el mismo régimen económico.

Tampoco se dan en este supuesto las condiciones para considerar que la alteración del equilibrio del contrato se debe al *factum principis*, ya que no se ha producido una imposición de medidas administrativas generales de obligado cumplimiento que hayan incidido en el contrato haciéndolo más oneroso para el contratista, sin culpa de éste, en cuyo caso estaría la Administración obligada a satisfacer compensaciones al contratista.

En consecuencia, en este supuesto, y considerando que la Empresa debería haber tenido en cuenta los compromisos contraídos en los Convenios al realizar su oferta, se entiende que el mantenimiento del equilibrio económico del contrato se debe llevar a cabo mediante la revisión de precios con el índice y sistema para su aplicación que consta en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato.

CONCLUSIONES

1.- El desequilibrio económico del contrato, como consecuencia de la obligación asumida por la empresa contratista en virtud del Convenio Colectivo del Centro, no se considera que pueda dar lugar a indemnización por no reunir las condiciones que la Doctrina establece para adopción de medidas extraordinarias de compensación económica. No concurre situación de riesgo imprevisible, ya que las circunstancias desencadenantes del desequilibrio contractual, estaban recogidas en el convenio colectivo suscrito por la empresa, ni se ha producido una imposición de medidas administrativas generales de obligado cumplimiento, que hayan incidido en el contrato haciéndolo más oneroso para el contratista, para considerar que el desequilibrio se debe al *factum principis*.

2.- El equilibrio económico del contrato se debe llevar a cabo mediante la revisión de precios, con el índice y sistema para su aplicación que consta en el pliego de cláusulas administrativas particulares.