

INFORME 7/2003, DE 22 DE DICIEMBRE, SOBRE POSIBILIDAD DE COMPENSACIÓN ECONÓMICA EN SUPUESTOS PRODUCIDOS POR INCREMENTO DE TARIFAS DEL IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE VERTIDOS Y POR NUEVO IMPUESTO SOBRE DEPÓSITO DE RESIDUOS.

ANTECEDENTES

El Director Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del siguiente tenor literal:

Al amparo de lo establecido en el artículo 48 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, someto a consideración de ese órgano consultivo solicitando la emisión de informe al respecto, la cuestión planteada por la sociedad (...), adjudicataria del contrato para la “REDACCIÓN DE PROYECTOS DE EJECUCIÓN Y DESARROLLO DE LAS OBRAS DE DEMOLICIÓN DE EDIFICACIONES EXISTENTES EN BARRIOS EN REMODELACIÓN Y ASENTAMIENTOS PROVISIONALES DENTRO DE LA COMUNIDAD DE MADRID”, suscrito con este Instituto en fecha 22 de marzo de 2002.

En esencia la pretensión de la empresa se concreta en que sea revisado el precio del contrato como consecuencia de haberse operado una subida de tarifas del canon de vertido a aplicar sobre los materiales procedentes de las demoliciones, aprobada con efectos de 1-3-2003, y de la creación, mediante Ley de la Comunidad de Madrid 6/2003, de 20 de marzo, con entrada en vigor el siguiente 1 de abril, del impuesto sobre Depósito de Residuos.

Interesa a este Organismo que por parte de esa Junta Consultiva se determine si los mayores costes ocasionados por el aumento de los precios del canon de vertido y la creación del nuevo impuesto deben ser soportados por la empresa (...), ya que la realización del contrato tiene lugar a su riesgo y ventura (cláusula 27 del PCAP y artículo 98 del TRLCAP) o bien han de ser asumidos por el IVIMA, que debe abonar al contratista su importe como consecuencia de haberse producido un riesgo imprevisible que ha alterado de modo extraordinario las condiciones de ejecución del contrato rompiendo el equilibrio de las prestaciones entre las dos partes, que debe ser restablecido mediante la revisión del precio del contrato en la cantidad correspondiente, como establece la doctrina del riesgo imprevisible.

Se acompaña informe de la Secretaría General del Organismo de fecha 3 de junio

de 2003, en el que se recogen los antecedentes de hecho que conforman el expediente así como su criterio al respecto, en unión de la documentación que se estima relevante a efectos de la emisión del informe solicitado.

CONSIDERACIONES

1.- En la solicitud formulada por el IVIMA se plantea, la posibilidad de revisar el precio del contrato debido a dos supuestos claramente diferenciados, de un lado por haberse operado una subida de tarifas del canon de vertido a aplicar sobre los materiales procedentes de las demoliciones, aprobada por el Ayuntamiento de Madrid, con efectos de 1 de marzo de 2003, y por otro lado la creación de un nuevo impuesto sobre depósito de residuos, mediante Ley de la Comunidad de Madrid 6/2003, de 20 de marzo, con entrada en vigor el día 1 de abril.

Para abordar la cuestión planteada es necesario referirse a los principios de precio cierto y riesgo y ventura que rigen en la contratación administrativa y que enuncian, respectivamente, los artículos 14 y 98 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, al disponer en el primer caso que los contratos tendrán siempre un precio cierto y determinar en el segundo, que el contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 144 de dicha Ley, en el que prevé que en casos de fuerza mayor el contratista tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido siempre que no exista una actuación imprudente por su parte.

Lo anterior se concreta en la obligación que asume el contratista de ejecutar el contrato por el precio que ha ofertado y ha sido aceptado por la Administración, en las condiciones reguladas en los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares que constituyen parte del contrato, según establece el artículo 49 de la LCAP. El contratista asume los riesgos de la ejecución del contrato en virtud del citado principio de riesgo y ventura, con la excepción prevista al mismo en la normativa reguladora de la contratación administrativa de la revisión de precios.

Por otra parte existe la posibilidad de obtener indemnizaciones cuando se produzca una alteración del equilibrio económico del contrato por concurrir hechos de imposible previsión y proceda su compensación acudiendo a la doctrina del riesgo razonablemente imprevisible o del *factum principis*.

2.- De conformidad con lo anterior, para decidir sobre la cuestión planteada en la consulta, es obligado analizar ambos supuestos y deducir si nos encontramos ante alguna de las excepciones a los principios de precio cierto y riesgo y ventura antes enunciados y en su caso considerar si los mayores costes alegados están comprendidos en la aplicación de la revisión de precios o si procede una posible compensación en virtud de la doctrina de riesgo imprevisible o del *factum principis*.

2.1.- La revisión de precios se encuentra regulada en los artículos 103 a 108 de la LCAP y 101, 104, 105 y 106 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, donde se especifica el procedimiento y requisitos para su aplicación a cada tipo de contrato. Mediante esta figura se permite mantener el equilibrio financiero del contrato aplicando, en el caso de obras, las formulas polinómicas que se hayan establecido en el Pliego y cumpliendo los requisitos establecidos en la LCAP y RGLCAP y en el Decreto 3.650/1970, de 19 de diciembre, y Real Decreto 1.267/1981, de 20 de agosto, que mantienen su vigencia hasta que se aprueben las nuevas fórmulas tipo de revisión de precios y en tanto no se opongan al RGLCAP.

2.2.- Cuando la alteración del equilibrio económico se debe a la concurrencia de hechos imprevisibles cuya reparación no es posible mediante la revisión de precios entra en juego la posibilidad de obtener compensaciones al amparo de la denominada doctrina del “riesgo razonablemente imprevisible” conectada a la cláusula *rebus sic stantibus*, como señala el fundamento de Derecho tercero de la Sentencia de la Sala de los Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1999, al decir 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 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, la STS de 26 de diciembre de 1990, en su fundamento de Derecho cuarto en relación con la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible manifiesta que “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

revisión de precios es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles sean producidas sin culpa en los contratantes”.

2.3.- El *factum principis* alude a la alteración indirecta de la prestación contratada sin mediar modificación, debida a medidas administrativas generales, que aunque no modifican directamente el objeto del contrato, ni lo pretenden, inciden o repercuten sobre él haciéndolo más oneroso para el contratista sin culpa de éste. Por tratarse de medidas imperativas y de obligado acatamiento, siempre que reúnan las características de generalidad e imprevisibilidad y que produzcan un daño especial al contratista, dan lugar a compensación.

2.4.- La aplicación de la revisión de precios no excluye por sí, las otras formas de garantizar el equilibrio financiero del contrato reconocidas por la Doctrina y la Jurisprudencia. Sería compatible aplicar ambas figuras al contrato siempre que el desequilibrio económico debido a acontecimientos imprevistos e imprevisibles sea de tal envergadura que la aplicación de las fórmulas polinómicas de revisión de precios resultasen demostradamente insuficientes para reequilibrar la economía contractual. Así viene manteniéndolo el Consejo de Estado (Memoria 1987) y la Jurisprudencia (STS de 26 y 27 de diciembre de 1990). La ineficacia de la revisión de precios se produce cuando concurren circunstancias que exceden de las previsiones normativas establecidas para la citada revisión produciendo un grave desequilibrio económico al contratista que este no pudo razonablemente prever en la relación contractual y que justifica la indemnización para restablecer el equilibrio económico.

La aplicación de esta Doctrina debe considerarse de manera excepcional ya que de lo contrario se vulneraría el principio de riesgo y ventura en la contratación administrativa y su utilización debe tratarse como un mecanismo, según expresa la STS de 13 de noviembre de 1980, de asegurar el fin público de la obra y evitar una situación injusta. Por tanto, las posibles compensaciones económicas al contratista, deben interpretarse y atemperarse de manera que en ningún caso puedan convertirse en una garantía de los beneficios de la empresa.

3.- Sentadas las anteriores consideraciones procede examinar el primer supuesto para determinar si la subida de tarifas del canon de vertido a aplicar sobre los materiales procedentes de las demoliciones, aprobada por la Concejalía de Servicios de Limpieza Urbana y Desarrollo Medioambiental del Ayuntamiento de Madrid, ha supuesto una

alteración del equilibrio financiero el contrato que pueda dar lugar a compensación.

La cláusula 32 del Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato relativa a obligaciones, gastos e impuestos exigibles al contratista relaciona los que serán de cuenta del mismo y entre ellos se refiere a "...todos los gastos que la empresa deba realizar para el cumplimiento del contrato, como son los generales, financieros, seguro, transportes desplazamientos materiales, instalaciones, honorarios de personal a su cargo, de comprobación y ensayo, tasas y toda clase de tributos, en especial el Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras si este fuera exigible, el IVA, y cualesquiera otros que pudieran derivarse de la ejecución del contrato durante la vigencia del mismo...".

El Anexo II del citado pliego establece que procederá la revisión de precios conforme a la fórmula polinómica 39 "entretenimiento y conservación de obras e instalaciones en general".

En el pliego de prescripciones técnicas se calcula el volumen aproximado de demoliciones a realizar y en la composición de los precios de la mayor parte de unidades se incluye la valoración correspondiente a carga y transporte de escombros a vertedero autorizado y canon de vertido.

El contratista aceptó las condiciones del contrato establecidas en los Pliegos y asumió las obligaciones de pago de los impuestos conforme a las tarifas que fuesen aplicables, lo que entra dentro del principio de riesgo y ventura del contrato por lo que, en principio, no sería procedente revisar los precios por ese concepto. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1989 dice: "si en el contrato se establece que todas las cargas fiscales se incluyen en el precio concertado, asimismo se incluye tanto el riesgo para el contratista del aumento de aquéllas como también el evento favorable de que fuesen inferiores a lo previsto".

No obstante en este caso hay que significar que el incremento de las tarifas del canon de vertido ha sido considerable, como se señala en el informe del Servicio de Régimen Jurídico:

Contenedor de 3m³., 3,70 _/ud. pasa a 9 _/ud.

Contenedor de 6 m³., 7,50 _ / ud. a 18 _/ ud.

Vehículos de 3 ejes, 13,30 _/ud. a 42 _/ud.

Vehículos de 4 ejes, 18,50 _/ud. a 60 _/ud.

Por lo expuesto, esta Comisión Permanente estima que el mayor gasto derivado

del incremento del canon, se encuentra incluido en el riesgo y ventura del contrato y, por consiguiente, ha de ser soportado por el contratista. No obstante, al amparo de la doctrina del *factum principis* y con carácter excepcional, sería posible reconocer una compensación económica a favor del contratista siempre y cuando se acredite que el incremento del canon ha ocasionado una alteración sustancial del equilibrio económico del contrato. A tales fines, deberá tramitarse el correspondiente expediente contradictorio en la forma dispuesta en el artículo 97 del RGLCAP.

4.- En cuanto al segundo extremo de la consulta planteada relativo a la repercusión del importe correspondiente al impuesto sobre depósito de residuos creado por la Ley 6/2003, de 20 de marzo, de la Comunidad de Madrid, se observa lo siguiente:

El impuesto grava, a partir de 1 de abril de 2003, el depósito de residuos de construcción o demolición, siendo sujetos pasivos del impuesto los que entreguen los residuos en vertedero, obligación que corresponde al contratista. El impuesto se devenga en el momento de la entrega de los residuos, su base imponible según dispone el artículo 13 de la mencionada Ley, estará constituida por el peso o volumen de los residuos depositados, y el artículo 15 c) de la misma fija el tipo impositivo en 3 euros por m³. de residuos procedentes de construcción y demolición. Por otra parte, el artículo 17 de la citada Ley dispone que el sustituto del contribuyente deberá repercutir íntegramente el importe del impuesto sobre el contribuyente quedando éste obligado a soportarlo.

En este caso se ha producido un hecho nuevo consistente en la aparición de una carga económica para el contratista, al aprobar la Comunidad de Madrid un nuevo tributo que altera el equilibrio económico del contrato por un hecho que no es imputable al mismo, de general aplicación y cuya existencia no pudo preverse en el momento de la adjudicación del contrato, por lo que en aplicación del citado principio del *factum principis*, procede la compensación repercutiéndose el importe del nuevo tributo.

A estos efectos hay que tener en cuenta que el contrato formalizado el 22 de marzo de 2002 tiene un plazo de ejecución de 36 meses, por lo que desde abril de 2003, en que se produce la aplicación del impuesto, hasta la finalización del contrato, los precios se verían incrementados considerablemente al afectar casi al 50 % del volumen de los vertidos previstos en el contrato, que en total ascendía a 295.000 m³., calculando que corresponderían 78.000 m³. al año 2003 ; 62.000 m³. al año 2004 y 5.000 m³. en 2005.

CONCLUSIONES

Por todo lo anterior esta Comisión Permanente entiende:

1.- Que el mayor gasto derivado del incremento del canon de vertido, en consecuencia con lo previsto en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, debería ser asumido por el contratista en virtud del principio de riesgo y ventura. No obstante, al amparo de la doctrina del *factum principis* y con carácter excepcional, sería posible reconocer una compensación económica a favor del contratista siempre y cuando se acredite que el incremento del canon ha ocasionado una alteración sustancial del equilibrio económico del contrato.

2.- Que el impuesto sobre depósito de residuos creado por la Ley de la Comunidad de Madrid 6/2003, de 20 de marzo, produce una alteración del equilibrio económico del contrato por la adopción de una medida administrativa general de índole económica, que no pudo ser prevista por el contratista, repercutible y que debe ser objeto de compensación económica.