

	Ivo Ranera Cahis	Referencia	87725
	Cliente	Ajuntament de Gava	
	Letrado	Manuel Martinez Gimenez	
	Procedimiento	390/20-M1	JDO.CONTENCIOSO Nº17 BARCELONA
	Notificación	14/07/2021	
	Procesal		

Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de Barcelona

Avenida Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici I - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935548425
 FAX: 935549796
 EMAIL: contencios17.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801945320208008862

Procedimiento ordinario 390/2020 -M1

Materia: Contratación y convenios (Proc. Ordinario)

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:
 Para ingresos en caja. Concepto: 406300000039020
 Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.
 Beneficiario: Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 17 de Barcelona
 Concepto: 406300000039020

Parte recurrente/Solicitante/Ejecutante: AUNAR
 GROUP 2009, S.L.
 Procurador/a: [REDACTED]
 Abogado/a: [REDACTED]

Parte demandada/Ejecutado: AYUNTAMIENTO DE
 GAVÀ
 Procurador/a: Ivo Ranera Cahis
 Abogado/a:

SENTENCIA Nº 237/2021

Juez: Federico Vidal Grases

Barcelona, 9 de julio de 2021

Vistos por D. Federico Vidal Grases, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 17 de Barcelona los presentes autos instados por la Procuradora da [REDACTED] en representación de la entidad Aunar Group 2009 S.L, asistida por el Letrado don [REDACTED], contra el Ayuntamiento de Gavà representado por el Procurador don Ivo Ranera Cahis y asistido por el Letrado don [REDACTED]. Se procede a dictar Sentencia en base a los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 15 de diciembre de 2020 tuvo entrada en este Juzgado escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo suscrito por la parte actora, en la que tras concretar la resolución objeto de recurso y solicitaba que se tuviera por interpuesto el recurso.

SEGUNDO.- Tras la subsanación de defectos en su caso, se admitió el recurso por Decreto de 11 de enero de 2021 y se procedió a la reclamación del





expediente administrativo; se dio traslado a la actora para formalizar demanda y tras ello a la demandada, lo que así hicieron

TERCERO.- Por Decreto de 17 de mayo de 2021 se fijó la cuantía en 10.758,56 €. Las partes solicitaron prueba documental.

CUARTO.- A continuación se dio las partes del trámite de conclusiones y el asunto quedó concluso para Sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales, y la sentencia se ha dictado en el plazo legal.

SEXTO.- Objeto del recurso.-

El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto la pretensión anulatoria ejercitada a nombre de Aunar Group 2009 S.L contra la resolución de 14 de octubre de 2020 que inadmite la petición de modificación o revisión del contrato administrativo del servicio de Prevención, Vigilancia, Salvamento, Socorrismo para al año 2020

SEPTIMO.- Pretensiones y alegaciones de las partes.

La parte actora expone en primer lugar unos antecedentes que brevemente resumidos consisten en que es la actual adjudicataria del servicio de salvamento en las playas del Ayuntamiento según resolución de 10 de mayo de 2017 por un periodo de cuatro años. El importe total del contrato supone la cantidad de 112.133,02 € por anualidad sin IVA y para determinar el importe se tuvo en cuenta el convenio colectivo de la empresa. En el año 2017 el SMI estaba establecido en 707,70 € mensuales en 14 pagas y a continuación expone la evolución sufrida por el SMI que implicó una subida del 4% en el año 2017. En el año 2018 sufrió un incremento del 22,30% y por ello la concesión administrativa produce pérdidas a la actora. En el año 2020 subió un 5,56%, lo que multiplica las pérdidas. Por ello se solicitó una modificación del contrato y el Ayuntamiento inadmitió la solicitud. Como fundamentos de derecho alega que la causa de inadmisión alegada no se ajusta al artículo 88.5 Ley 39/15 ya que la circunstancia de que una solicitud anterior de revisión del contrato, que fue denegada, se encuentre sub iudice ante el JCA 16 de Barcelona no implica causa de inadmisión por lo tanto no es firme en vía administrativa ni judicial. Sobre el fondo del asunto alega los artículos 106 y 197 RDL 3/2001 de 14 de noviembre y se remite a la teoría del factum principis y el incremento del SMI no afecta a la globalidad de empleados sino sólo a aquellos que son retribuidos en función del sueldo mínimo, como es el caso de la actora. Se ha producido una alteración del equilibrio económico del contrato que debe revisarse según el artículo 127.2.2 del Decreto de 17 de junio de 1955. Concurren los requisitos de la cláusula "rebus sic stantibus" y cita jurisprudencia en este sentido. El contratista no podía prever una subida del 29,03% cuando la media de los





últimos 14 años ha sido de 2,96%, lo que implica una situación imprevisible. Expone a continuación las retribuciones que perciben los empleados y sus incrementos de lo que resulta que el incremento mensual por cada trabajador fue de 297,46 €, lo que implica un sobrecoste de 10.708,56 €. Por todo ello solicita que se dicte sentencia por la cual se anule el acto administrativo recurrido y se declare que el Ayuntamiento debe abonar la cantidad de 10.708,56 €

La demandada se opone a la demanda y alega en primer lugar unos antecedentes a los que me remito y como fundamentos de derecho se remite a la Disposición Transitoria Primera Ley 9/2017 de 8 de noviembre y artículo 105 TRLCSP que limita la modificación de los contratos del sector público y cláusula 33 del pliego de condiciones del contrato. No concurre ningún supuesto que permita la modificación del contrato. Tampoco procede la revisión de precios. Se remite al informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado que fundamenta jurídicamente la no procedencia de la modificación de precios y que estima que el aumento del SMI es imprevisible y ajeno a la administración contratante; que se trate de una potestad del ius variandi y que no es susceptibles de indemnización por su carácter general. Sigue exponiendo que la obligación del contratista sigue siendo de prestar el servicio y la imposibilidad de suspender el contrato de forma unilateral por realizarse el mismo a su riesgo y ventura. El Ayuntamiento entendió que la solicitud que motiva presente procedimiento era una reiteración de la formulada al 31 de mayo de 2019 que fue desestimada por el Ayuntamiento y está impugnada en vía judicial. Por todo ello solicita que se desestime la demanda

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- En primer lugar cabe indicar que si la cuantía del procedimiento es la cantidad que reclama la parte actora de 10.708,56 €, se ha seguido incorrectamente el procedimiento ordinario cuando hubiera debido tramitarse el asunto por la vía del procedimiento abreviado. Esta circunstancia no ha ocasionado ningún perjuicio a nadie por lo cual sería absurdo retrotraer las actuaciones para seguir otro procedimiento distinto. Sin embargo se hace constar este hecho ya que implica que contra esta sentencia no hay recurso.

SEGUNDO.- Entrando la causa de inadmisión que alegó el Ayuntamiento, consistente en indicar que para el ejercicio 2019 se había desestimado una solicitud idéntica del concesionario y que esta solicitud era firme en vía administrativa y se encontraba pendiente de la resolución de un JCA, entendemos que esta causa de inadmisión resulta improcedente.

El artículo 88.5 LPA permite a la administración inadmitir solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o





manifiestamente carentes de fundamento. Pero la circunstancia de haberse denegado una petición idéntica para la anualidad anterior y estar el asunto sub iudice , no tiene nada que ver con estas dos causas de inadmisión. Por el contrario se trata de un derecho previsto en el ordenamiento jurídico y la solicitud se encuentra muy bien fundamentada.

Lo procedente hubiera sido la admisión a trámite la instancia y la resolución de la solicitud en la forma ordinaria. Además, la circunstancia de que una resolución sea firme en vía administrativa, si se encuentra impugnada en vía judicial resulta algo absolutamente irrelevante. Dada esta consideración la demanda debe estimarse al menos de forma parcial en lo que hace referencia a la anulación de la resolución de 14 de octubre de 2020

TERCERO.- Entrando en el fondo del asunto, la solicitud de la parte actora se fundamenta en el incremento habido en el SMI, que altera las bases económicas del contrato, por lo cual pide una compensación que tiene por finalidad mantener el equilibrio económico del mismo.

La Sentencia TSJC de 29 de marzo de 2018 resuelve un caso muy similar al presente y sienta la siguiente doctrina:

SEGUNDO.- Para la resolución de la controversia planteada en esta alzada debemos partir de la calificación del contrato que fue adjudicado a la actora cuyo objeto era la prestación de servicios de monitores y socorristas, limpieza y mantenimiento de las piscinas y del gimnasio municipal.

El TRLSCP de 2011, aplicable por razones temporales, regula los contratos de concesión y gestión de servicios que se caracterizan generalmente porque hay una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario. Más concretamente, en el contrato de gestión de servicios públicos se contempla un supuesto de gestión indirecta del servicio, lo que implica que, mediante este contrato, la Administración le encomienda a un tercero, el empresario (normalmente, el concesionario), que gestione un determinado servicio público, de manera que el que gestiona el servicio, por lo tanto, es el empresario o el concesionario, por lo que en todo lo relativo a la utilización del servicio supone el establecimiento de una relación directa entre el concesionario y el usuario del mismo (art. 8.1 TRLCSP). Por ello, en la medida en que el contratista es el que gestiona el servicio público y, por tanto, se relaciona con el usuario, participando en la gestión en alguna de las modalidades establecidas en el art. 277 TRLSCP (v.gr. concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta), es por lo que se prevé el mantenimiento del equilibrio económico del contrato en los casos de modificación del mismo en las condiciones establecidas en el art. 282 TRLSCP.

Por el contrario, en las prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios, quien las presta, y, por tanto, se relaciona con el usuario, es la Administración, que, en el caso de insuficiencia de medios, celebra un contrato





(contrato de servicios) con un empresario particular. En este sentido, el art. 10 TRLSCP define el contrato de servicios como aquél cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. Aquí no hay participación en la gestión por parte del contratista, por lo que el régimen jurídico del contrato de servicios, recogido en los arts. 301 y siguientes del TRLSCP, no contempla en principio el mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

Partiendo de dicho marco normativo, es indudable que el contrato concertado es un contrato de servicios, pues incorporaba prestaciones de servicios y suministros, siendo las más importantes las de servicios, debiendo calificarse como tal por aplicación de lo dispuesto en el art. 12 TRLSCP. En ningún caso puede calificarse el contrato como de gestión de servicios públicos, puesto que el contratista se obligaba a la prestación de los servicios de monitor y socorrista, así como de limpieza y mantenimiento de las piscinas y gimnasio municipal, sin que exista transferencia de la prestación del servicio por parte de la Administración.

TERCERO.- Partiendo de lo anterior, es indudable que no puede aplicarse al contrato de autos las normas reguladoras del reequilibrio de las prestaciones al no estar contempladas para el contrato de servicios ni en el propio contrato, no siendo controvertido que no se produjo ninguna modificación del mismo.

Ha de recordarse la interpretación reiterada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, recogida entre otras en SSTs 28 de enero y 28 de octubre de 2015 y 20 de julio de 2016, sobre los aspectos básicos de los contratos administrativos como son el de su eficacia vinculante y la invariabilidad de sus cláusulas; el del alcance del principio y ventura; y el de cuáles son los supuestos en los que nuestro ordenamiento reconoce el derecho del contratista a reclamar de la Administración el reequilibrio económico del contrato. Según se recoge en las expresadas sentencias:

"(...) el principio de la eficacia vinculante del contrato y de la invariabilidad de sus cláusulas es la norma general que rige en nuestro ordenamiento jurídico tanto para la contratación privada como para la contratación administrativa. En cuanto a la primera debe mencionarse el artículo 1091 del Código civil, y sobre la segunda estas otras normas de la sucesiva legislación de contratos administrativos más reciente: el artículo 94 del TR/LCAP de 16 de junio de 2000, y los artículos 208 y 209 del TR/LCSP de 14 de noviembre de 2011.

La segunda es que la contratación administrativa se caracteriza también por llevar inherente un elemento de aleatoriedad de los resultados económicos del contrato, al estar expresamente proclamado por la ley el principio de riesgo y ventura del contratista (artículos 98 del TR/LCAP de 2000 y 215, 231 y 242 del TR/LCSP de 2011). Un elemento de aleatoriedad que significa que 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.

La tercera es que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido tradicional establecer unas tasadas excepciones a esa aleatoriedad de los contratos administrativos, consistentes en reequilibrar la ecuación financiera del contrato únicamente cuando se ha producido una ruptura de la misma por causas imputables a la Administración ("ius variandi" o "factum principis"), o por hechos que se consideran "extra muros" del normal "alea" del contrato por ser reconducibles a los conceptos de fuerza mayor o riesgo imprevisible. Lo cual significa que 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 tasados supuestos de "ius variandi", "factum principis", y fuerza mayor o riesgo imprevisible.

Esa regulación tasada de los supuestos excepcionales de restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha estado presente en esa sucesiva legislación de contratos públicos que antes se ha mencionado. Así, los artículos 144 y 163 del TR/LCAP de 2000 , que regulaban medidas de reparación para los supuestos de fuerza mayor y ejercicio del "ius variandi"; el artículo 248.2 de ese mismo TR/LCAP , introducido por la Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora del contrato de concesión de obras públicas, que refiere el deber de la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato a los supuestos de "ius variandi", fuerza mayor, "factum principis" y previsiones del propio contrato; y el artículo 258.2 del TR/LCSP de 2011 , que viene a reproducir el contenido del anterior precepto. Y en esa misma línea se han movido los artículos 24 y 25 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo , de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión, que vienen a contemplar desequilibrios debidos a decisiones de la Administración.

Finalmente, la cuarta y última consideración es que, más allá de los supuestos tasados en la regulación general de la contratación pública, el reequilibrio sólo procederá cuando lo haya previsto el propio contrato y cuando una ley especial regule hipótesis específicas de alteración de la economía inicial del contrato y establezca medidas singulares para restablecerla".

Aplicando esta doctrina al caso, en primer lugar debemos calificar el contrato suscrito entre las partes como de prestación de servicios y por lo tanto sometido al régimen jurídico de los artículos 301 y ss TRLCSP, norma aplicable al caso dada la fecha de la contratación.

No existe una norma contractual que prevea la actualización de la retribución. Es más la cláusula 33 remite al artículo 107 y según el procedimiento del 211 TRLCSP.

Los supuestos del artículo 107 son:





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.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

2. La modificación del contrato acordada conforme a lo previsto en este artículo no podrá alterar las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación, y deberá limitarse a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

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 iguallen 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.





CUARTO.- Entre todos estos supuestos de modificaciones contractuales, sólo podría aplicarse el c) *Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos*, y ello en el supuesto que se entendiera que el aumento del SIM constituye una fuerza mayor o caso fortuito, cosa desde luego muy dudosa, pero en todo caso lo que es evidente es que este aumento no hace imposible la prestación del servicio en los términos inicialmente definidos, la hacen más onerosa para el concesionario pero no imposible.

Tampoco vemos que nos encontremos ante una alteración esencial de la adjudicación del contrato, apartado tercero artículo 107, ya que si bien es cierto que el aumento del SIM implica un mayor gasto para el contratista, las condiciones esenciales de la contratación no se han modificado.

QUINTO.- Según la doctrina TSJC que se ha expuesto, en este tipo de contratos de prestación de servicios, no tienen cabida los principios de “ius variandi” o “factor principis” .

Tampoco vemos que la cláusula “rebus sic stantibus” tenga cabida en el supuesto en que nos encontramos, ya que esta es una institución de derecho privado que tiene su traslación en administrativo en la doctrina del riesgo imprevisible

En el supuesto planteado, estamos ciertamente en presencia de una mayor onerosidad pero no basta una mayor onerosidad, sino que es preciso que sea extraordinaria, y absolutamente excesiva. La mayor onerosidad no es motivo de revisión porque forma parte del riesgo contractual asumido por las partes Solo son admisibles alteraciones y desequilibrios sobre los que cabe pensar que, de haberlos previsto, las partes no hubieran prestado su consentimiento, no aquellos en los que hubieran modificado las condiciones del contrato.

SEXTO.- Por todo ello procede estimar la demanda únicamente lo que hace referencia a la anulación del acto administrativo recurrido, desestimando la petición de fondo de la parte actora

SÉPTIMO.- No procede imposición de costas por tratarse de una estimación parcial y por originar el asunto dudas de derecho.

Por lo expuesto,





FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE el recurso presentado por Aunar Group 2009 S.L contra la resolución de 14 de octubre de 2020 que inadmite la petición de modificación o revisión del contrato administrativo del servicio de Prevención, Vigilancia, Salvamento, Socorrismo para al año 2020

ANULO la resolución impugnada.

DESESTIMO la solicitud de modificación o revisión del contrato.

Sin hacer expresa imposición de costas.

Contra esta resolución no cabe interponer recurso alguno.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

El Juez

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.





Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Codi Segur de Verificació:

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejcat.justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Vidal Grases, Federico;

Data i hora 11/07/2021 13:10

