

Expediente: 48/2005

Objeto: Procedencia o no de acceder a las solicitudes de la concesionaria del Transporte Comarcal.

Dictamen: 12/2006, de 29 de mayo

DICTAMEN

En Pamplona, a 29 de mayo de de 2006

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don Julio Muerza Esparza actuando como Secretario accidental, y don Eugenio Simón Acosta,

siendo ponente don Eugenio Simón Acosta,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. SOLICITUD Y TRAMITACIÓN DE LA CONSULTA E INTEGRACIÓN DEL EXPEDIENTE

El Presidente del Parlamento de Navarra, mediante escrito fechado el 20 de septiembre de 2005, que tuvo entrada el día 20 de septiembre de 2005, recabó la emisión de dictamen de este Consejo de Navarra sobre la procedencia o no de acceder a las solicitudes de la concesionaria del Transporte Comarcal. Previamente se había acordado por el Gobierno de Navarra, en sesión celebrada el 12 de septiembre de 2005 y a instancia del Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, someter a consulta facultativa del Consejo de Navarra “la procedencia o no de acceder a las solicitudes de la concesionaria del Transporte Comarcal sobre revisión del objetivo viajeros establecido en el pliego de condiciones que rige la concesión, así como sobre restablecimiento del equilibrio económico en relación con el laudo arbitral de 30 de junio de 2004, todo ello al amparo de lo establecido en el artículo 18 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra”.

La solicitud de dictamen vino acompañada de certificación del citado acuerdo del Gobierno de Navarra, expedida por el Director General de Presidencia, por delegación del Consejero de Presidencia, Justicia e Interior,

y del expediente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, integrado, entre otros, por los siguientes documentos:

1. Solicitud de restablecimiento del equilibrio económico presentada por ..., con fecha 5 de abril de 2005.
2. Informe, de 9 de junio de 2005, de la Intervención acerca de la reclamación por efectos de la aplicación del laudo arbitral de 30 de abril de 2004.
3. Informe relativo a la solicitud presentada por ... S.L.U. el 28 de abril de 2005 en la cual solicita el restablecimiento del equilibrio de la concesión, evacuado por el Director de la Asesoría Jurídica de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona con fecha 16 de junio de 2005.
4. Resolución 125/2005, de 22 de junio de 2005, del Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, por la que se remiten los precedentes informes a ... S.L.U., y se le invita a formular alegaciones y a presentar los documentos y justificaciones que estime pertinentes.
5. Escrito de alegaciones, de fecha 8 de julio de 2005, presentado por ... S.L.U., al que se adjuntan los siguientes documentos: A) Sentencia 387/2004, de 30 de noviembre, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. B) Sentencia 411/2004, de 5 de octubre de 2004, del Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona.
6. Resolución 152/2005 de 19 de julio de 2005, del Presidente en funciones de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, de apertura de periodo probatorio, en la que se recaba dictamen del Colegio Oficial de Graduados Sociales de Navarra y se suspende la tramitación del expediente.
7. Contrato de concesión del servicio de transporte urbano de viajeros, suscrito el día 28 de noviembre de 2002 por la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona y "... SLL".

8. Pliego de condiciones para la contratación de la concesión única del servicio de transporte urbano de viajeros, permanente y temporal, por la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona.
9. Oferta presentada por ... para licitar en el expresado concurso.
10. Laudo de obligado cumplimiento dictado en el conflicto planteado en la empresa "..., S.L.L." con motivo de la negociación de un convenio colectivo de empresa.

El Presidente del Consejo de Navarra, observando que el expediente no estaba completo y al amparo de lo dispuesto en los artículos 23 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (en adelante, LFCN) y 29 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo de Navarra, aprobado por Decreto Foral 90/2000, de 28 de febrero (ROFCN), se dirigió al Presidente del Gobierno de Navarra, el día 30 de septiembre de 2005, solicitando su integración con interrupción del plazo para emitir el dictamen.

El Director General de Presidencia, con fecha 4 de octubre de 2005, trasladó el citado acuerdo del Presidente del Consejo de Navarra a la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona. La Mancomunidad, mediante oficio de su Presidente de fecha 26 de octubre de 2005, cumplimentó el requerimiento enviando el expediente relativo a la solicitud de revisión del número de viajeros, el listado de recursos contencioso-administrativos relativos a la concesión única y las sentencias y autos dictados, y el informe de la Cámara de Comptos.

El Presidente del Gobierno de Navarra, mediante escrito de 9 de noviembre de 2005, trasladó al Consejo de Navarra la documentación complementaria remitida por la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona con sendos escritos recibidos el 4 y el 8 de noviembre de 2005. Se destacan a continuación los siguientes documentos más relevantes:

11. Solicitud de "..., S.L.U.", de 5 de abril de 2005, por la que se pide una nueva determinación del objetivo de número de viajeros del pliego de condiciones, al que acompaña un informe, suscrito por la

misma persona que firma la solicitud en nombre de la empresa, sobre la pérdida de viajeros como consecuencia de la huelga.

12. Informe del Director de Transporte Urbano Comarcal de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, de 20 de junio de 2005, sobre la solicitud de reducción del compromiso de viajeros presentada por la concesionaria.
13. Informe del Director de la Asesoría Jurídica de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, de 20 de junio de 2005, relativo a la solicitud presentada por "..., S.L.U."
14. Resolución 126/2005, de 22 de junio de 2005, del Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona concediendo plazo de alegaciones a la concesionaria.
15. Escrito de alegaciones, de 8 de julio de 2005, presentado por "..., S.L.U."
16. Solicitud del Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, de fecha 15 de julio de 2005, dirigida al Gobierno de Navarra, para que acuerde solicitar dictamen del Consejo de Navarra sobre la procedencia o no de acceder a las pretensiones de la concesionaria.
17. Resolución 153/2005, de 19 de julio de 2005, del Presidente en funciones de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, abriendo periodo de prueba.
18. Peritación de los efectos de las huelgas del transporte urbano de la Comarca de Pamplona durante el año 2004 en la demanda de viajeros, elaborado por "... S.A." con fecha 20 de octubre de 2005.
19. Escrito, de 3 de agosto de 2005, del Director General de Presidencia, requiriendo el expediente a la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona.

20. Escrito dirigido a la Mancomunidad por “J..., S.A.L.”, con fecha de 10 de agosto de 2005, para que concrete el alcance y los extremos que han de tenerse en cuenta en la peritación solicitada.
21. Escrito de 24 de agosto de 2005, en el que el Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona concreta el contenido que ha de tener el informe expresado en el número anterior.
22. Escrito de 9 de septiembre de 2005, remitido por el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Navarra, comunicando la renuncia “a la gestión de la peritación y prueba solicitada” y el inicio de gestiones para designar graduado social que la practique.
23. Escrito de “..., S.L.U.”, de 3 de octubre de 2005, denunciando el retraso en la práctica de la prueba solicitada y que se pida el informe al Colegio de Economistas de Navarra o al Colegio de Censores Jurados de Cuentas de Navarra.
24. Escrito remitido a “..., S.L.U.” el 13 de octubre de 2005, en el que se rechaza la solicitud precedente y se comunica la designación de peritos propuestos por el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Navarra.
25. Resolución 217/2005, de 14 de octubre, del Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, por la que amplía el plazo de suspensión de la tramitación del expediente hasta que se incorpore al mismo el informe solicitado al Consejo de Navarra.
26. Escrito de “..., S.L.U.”, de 19 de octubre de 2005, en el que solicita que la prueba pericial se contraiga a los extremos expresados en el escrito en que fue pedida, se deje sin efecto lo acordado el 13 de octubre de 2005 y se designe como perito a un economista o a un censor jurado de cuentas.
27. Resolución 225/2005, de 26 de octubre de 2005, del Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, en la que se accede a lo solicitado en el escrito anterior y la continuación del peritaje requerido al Colegio de Graduados Sociales de Navarra.

28. Escrito del Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, de 26 de octubre de 2005, de remisión al Gobierno de Navarra, para su traslado al Consejo de Navarra, del expediente relativo a la solicitud de revisión del número de viajeros, del listado de recursos contencioso-administrativos relativos a la concesión única y de las sentencias y autos dictados, y del informe de la Cámara de Comptos.
29. Listado de recursos contencioso-administrativos relativos a la concesión única en materia de transporte.
30. Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra —dictado en el recurso 397/02 interpuesto por don ... y otros contra el Acuerdo de la Asamblea General de la Mancomunidad, de 6 de febrero de 2002, mediante el cual se aprueba el expediente del contrato de concesión única del servicio de transporte comarcal urbano—, por el que se declara terminado el procedimiento por no haberse presentado la demanda.
31. Sentencia 529/2005, de 26 de mayo de 2005, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictada en recurso número 111/2003, interpuesto por "..., S.L.L." frente a la Resolución del Presidente de la Mancomunidad número 230/2002, de 28 de noviembre, por la que se acuerda formalizar el contrato de concesión única con "..., S.L.L."
32. Sentencia 372/2005, de 13 de abril, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, dictada en recurso número 100/2003, interpuesto por doña ... y doña ... contra acuerdos adoptados por la Asamblea General de la Mancomunidad los días 6 de febrero y 12 de septiembre de 2002, por los cuales se resolvieron las concesiones existentes y se adjudicó la concesión única a "..., S.L.L."
33. Sentencia 175/2005, de 10 de junio, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Pamplona, dictada en recurso número 20/2004, interpuesto por "..., S.A.L." frente a

Resolución del Presidente de la Mancomunidad número 11/2004, de 22 de enero, por la cual se desestiman las alegaciones formuladas contra la Resolución del Presidente número 223/2003, que estableció la subvención por los servicios prestados durante el mes de diciembre de 2002.

34. Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 3 de Pamplona, de 23 de junio de 2004, por el que se declara la caducidad del recurso número 38/2004 interpuesto por "... S.A.L." contra Resolución del Presidente de la Mancomunidad número 30/2004, de 10 de febrero, por la cual se establecen los pagos a cuenta para el ejercicio 2004.
35. Informe definitivo de fiscalización, de 27 de junio de 2005, elaborado por la Cámara de Comptos de Navarra, sobre contratación del transporte urbano de la Comarca de Pamplona.

El día 9 de marzo de 2006, el Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona remitió al Servicio de Acción Legislativa y Coordinación de la Dirección General de Presidencia del Gobierno de Navarra, el resto de la documentación que aún estaba pendiente de enviar, y ésta tuvo entrada en la sede del Consejo de Navarra el día 17 de marzo de 2006, junto con el oficio de remisión del Presidente del Gobierno de Navarra de 13 de marzo de 2006. De los documentos complementarios recientemente recibidos destacan los siguientes:

1. Acuerdo suscrito el 16 de enero de 2004 entre "... S.L.L." y el comité de empresa de "... S.L.L."
2. Dictamen pericial sobre incremento de costes laborales por aplicación del laudo arbitral, emitido por "... el día 8 de marzo de 2006.
3. Dictamen sobre incremento de costos laborales para "... S.L.U." emitido por don ..., colegiado del Colegio Oficial de Economistas de Navarra.

Con fecha 11 de noviembre de 2005 se registró en el Consejo de Navarra la entrada de un escrito del Presidente del Gobierno de Navarra, de 4 de noviembre de 2005, por el que se trasladaba al Consejo el escrito de "... S.L.U.", de 27 de octubre de 2005, solicitando trámite de audiencia, al amparo de lo previsto por el artículo 24 de la LFCN. Una vez completado el expediente, el Presidente del Consejo de Navarra acordó, mediante Resolución 23/2006, de 17 de marzo, acceder a la petición de la concesionaria dándole vista y plazo de quince días para formular las alegaciones y presentar los documentos y justificantes que estimase oportunos.

El día 21 de abril ha entrado en el Consejo de Navarra el escrito de alegaciones de "... S.L.U.", al que se adjuntan dos dictámenes jurídicos emitidos, respectivamente, por don ... y don ... copia de la certificación del Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 26 de abril de 2004, por el que se establece el arbitraje de equidad obligatorio para resolver el conflicto colectivo en la empresa "... S.L.L."; copia del diario de sesiones de Parlamento de Navarra con la comparecencia del Presidente de la Cámara de Comptos del día 28 de septiembre de 2005; copia de carta dirigida por el representante del grupo ... al Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, el día 4 de octubre de 2004; cuadros comparativos sobre número de viajeros; informe de procedimientos acordados, evacuado por "... S.L."; e informe de auditoría de las cuentas anuales del ejercicio terminado el 31 de diciembre de 2004 de "... S.L.U."

Después de todas las incidencias, que han dilatado extraordinariamente la tramitación de la consulta y la elaboración del dictamen, se ha dado por integrado y concluido este expediente.

II. EXAMEN DEL CONTENIDO DEL EXPEDIENTE

II.1ª. Solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión

"... S.L.U.", concesionaria del servicio de transporte urbano de viajeros, presentó ante la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona un escrito, de

fecha 8 de abril de 2005, en el que solicitó el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, como consecuencia del laudo obligatorio de 30 de abril de 2004, solicitado por la Mancomunidad, concretándose la solicitud en “la fijación de un coste de operación para el año 2004 de 18.092.752,97 €, teniendo en cuenta que el coste bus-hora útil ha de ser 31,1994 €/h., incluyendo los desequilibrios extraordinarios como consecuencia del citado laudo y comprendiendo, lógicamente, los de revisión ordinaria para evitar un doble cómputo de dichos costes.”

Los hechos reseñados en la solicitud, sobre los que no existe discrepancia entre las partes y que serán relatados con mayor detalle posteriormente, se remontan al origen de la concesión del servicio de transporte de viajeros en la Comarca de Pamplona en diciembre de 2002, momento en el que la actual concesionaria —entonces con forma de sociedad limitada laboral— sucedió y se subrogó en las relaciones laborales de la cooperativa que anteriormente detentaba una parte de la concesión unificada. De este modo “..., S.L.U.” se convirtió en empleadora de dos grupos de trabajadores sometidos a regímenes jurídicos distintos.

Dos años más tarde, las diferencias entre ambos grupos desembocaron en un conflicto laboral y en una huelga de los trabajadores. La grave perturbación del servicio público que se produjo por la huelga aconsejó a la Mancomunidad solicitar que el conflicto se resolviese mediante arbitraje obligatorio, al amparo del artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

El laudo arbitral elevó los costes laborales de la empresa y la huelga provocó una disminución del número de viajeros, circunstancias que, a juicio de “..., S.L.U.” constituyen causa suficiente para aplicar las previsiones de restablecimiento de equilibrio económico de la concesión contenidas en la legislación vigente y en el artículo 34 del pliego de condiciones de la concesión.

“..., S.L.U.” entiende que nos encontramos ante un supuesto de desequilibrio provocado por una actuación de la propia Administración concedente, un *factum principis*, dado que el laudo fue provocado por la

solicitud efectuada por la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona al Gobierno de Navarra.

Previa la cita de la jurisprudencia que considera aplicable al caso, la concesionaria evalúa en 2.134.317 € el desequilibrio extraordinario, en el que incluye la revisión ordinaria de precios prevista en el pliego de condiciones. La estimación se basa en una tabla de datos y cálculos contenida en un folio anexo, que no va acompañada de soporte documental o probatorio de clase alguna. De dichos cálculos y datos no contrastados, la reclamante deduce que, trasladando los excesos de retribución del laudo a las condiciones de oferta del año 2002, aparecerían como costes a añadir los enumerados a continuación:

Plus Nocturno	33.563,00 €
Reconocimientos médicos	10.303,00 €
1,5 % por encima del IPC	135.575,00 €
Antigüedad (trienios)	55.000,00 €
Equiparación Laudo	320.346,00 €
Cesta de Navidad	101.388,00 €
Plus S. Fermín	130.305,00 €
Plus Nav. y Año Nuevo	29.035,00 €
Toma y Deje	283.843,00 €
Formación	196.350,00 €
Seguro	20.031,00 €
Renovac. permiso cond.	4.358,00 €
Uniformidad	178.500,00 €
Repercusión IPC sobre difs. de Salario Base	145.441,00 €
Total	1.644.038,00 €

A estos sobrecostes la reclamante añade los obligados por sentencia firme (de 2005) relativos a equiparación de 53 conductores que supondrían, en el año 2002, un total de 490.278,00 € y de la suma de esta cifra más la anteriormente indicada como total da el resultado de los 2.134.317 € en los que “..., S.L.U.” cifra el desequilibrio económico cuya corrección solicita.

Conviene reseñar asimismo que consta en la documentación complementaria, remitida por la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona para integrar el expediente, otro escrito de “..., S.L.U.”, fechado tres días antes, esto es, el 5 de abril de 2005, en el que solicita la revisión del objetivo de viajeros con motivo de la huelga. A juicio de la compañía:

“La pérdida de viajeros directa para el año 2004 (dato obtenido por la comparación 2003/2004), debe cifrarse en 836.197 viajeros, mientras que la pérdida indirecta incluyendo el concepto de pérdida del crecimiento se debe establecer 2.045.806 (salvo error u omisión), lo que hace un total de disminución del compromiso de viajeros de 2.882.003 viajeros, debiéndose establecer el compromiso modificado para el año 2004, en 34.682.217 viajeros, en lugar de los 37.564.220 contenidos en la oferta y que formaban parte del contrato concesional.

Por lo que se refiere al año 2005 y siempre de acuerdo con el estudio que se acompaña, el compromiso modificado debe fijarse en 37.168.714 viajeros, considerándose que a partir del año 2006 se diluyen los efectos de la huelga y por lo tanto recupera plena virtualidad los compromisos de viajeros establecidos para cada años 2006, 2007 y 2008.”

La solicitud de modificación del objetivo de viajeros viene acompañada de un detallado estudio, basado en comparación de datos diarios de usuarios del transporte urbano entre las fechas comprendidas entre 25 de marzo y 27 de abril de los años 2003 y 2004, y en una encuesta realizada por ... para la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona.

II.2ª. Informe de la Intervención de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona

La Intervención de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona emitió informe sobre la solicitud de “..., S.L.U.” el día 9 de junio de 2005. El informe no se pronuncia sobre cuestiones de Derecho y se refiere sólo a los aspectos cuantitativos de la reclamación, concluyendo que la documentación presentada es insuficiente y no acredita la realidad del desequilibrio, y que los cálculos efectuados no son, a su juicio, correctos por las siguientes razones:

1. Los incrementos salariales han sido aplicados a la totalidad de la plantilla sin excluir a los trabajadores que ya los disfrutaban antes.
2. No se ha tenido en cuenta que el laudo establece la equiparación progresiva de las condiciones de la plantilla en un periodo de tres años, sin que se haya tenido en cuenta esta circunstancia por la reclamante.

3. El sobrecoste se ha calculado con cifras de 2004 extrapoladas a 2002, y sobre el resultado de este último año se han aplicado los índices de actualización anuales previstos en el pliego de condiciones.

II.3ª. Informes de la Asesoría Jurídica de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona

En un primer informe, evacuado el 16 de junio de 2005, la Asesoría Jurídica se opone a la estimación de la pretensión de "..., S.L.U." porque, por una parte, no nos encontramos ante un *factum principis* dado que la Mancomunidad no dictó un acto propio nacido del poder general de imperio. El laudo arbitral no es un acto de la Mancomunidad ni es una medida general de índole económica.

Por otro lado, considera que no concurren en el caso los requisitos que legalmente configuran la "alteración del equilibrio económico-financiero del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes".

Para llegar a esta conclusión coloca en primer término el principio de riesgo y ventura, recogido en el artículo 104 de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra (en adelante, LFCAPN), en el artículo 200.2 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra (en adelante, LFALN), y en el artículo 6 del pliego de condiciones de la concesión.

Como excepción a este principio, la teoría del riesgo imprevisible conduce a liberar al contratista de las contingencias derivadas de circunstancias que no pudieron preverse en el contrato, circunstancias que tengan una incidencia que rebase los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo lleva consigo, siempre que medie una buena y ordenada administración de la concesión.

A juicio de la Asesoría Jurídica de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, el laudo de obligado cumplimiento no es una circunstancia imprevisible ni extraordinaria, sino que es un instrumento equivalente a la

negociación colectiva, que constituye, a su vez, una incidencia normal en la dinámica de las relaciones laborales.

Como argumentos adicionales a los que resumidamente hemos recogido en los párrafos anteriores, la Asesoría Jurídica aporta además otras consideraciones, como las siguientes:

1. "..., S.L.U." ha aceptado el laudo arbitral. La propia empresa, en su escrito de 23 de abril de 2004, manifestó que "consideramos que la solución más rápida y eficaz será la emisión del laudo solicitado por la Mancomunidad...".
2. "..., S.L.U." debió prever que, tarde o temprano, estaba abocada a la negociación de un convenio colectivo único para todos los trabajadores.
3. Si se considera el laudo como un hecho imprevisible se prima a las empresas que no llegan a un acuerdo con sus trabajadores y se penaliza a las que pactan, puesto que estas últimas no podrían trasladar las consecuencias del pacto a la Administración.
4. El laudo fue dictado teniendo en cuenta los acuerdos a que ya habían llegado la empresa y los trabajadores. La Asesoría Jurídica se basa en la cita literal del laudo, cuyos fundamentos primero a séptimo reproduce. Destacamos, al respecto, el fundamento cuarto que dice que "el porcentaje más importante de nuestras decisiones está basado en acuerdos que las partes han asumido o propuestas que la empresa haya ofertado (...). Tal ocurre con (...) el artículo 15 del laudo, que regula la equiparación y el incremento salarial, cuyo fundamento se encuentra en el Acuerdo suscrito por las partes el 16 de enero de 2004..."
5. La Asesoría Jurídica niega que haya habido una buena y ordenada administración porque "la huelga de los trabajadores... tiene una relación indudable con la gestión de la propia empresa".

6. La concesionaria no ha acreditado debidamente el sobrecoste provocado por el laudo arbitral.
7. En fin, la Asesoría Jurídica niega —en contra de lo expuesto en el escrito de solicitud de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión— que la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona haya aceptado que las consecuencias del conflicto laboral deban repercutir sobre la Administración.

La Asesoría Jurídica de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona también se ha pronunciado, en informe de 20 de junio de 2005, sobre la procedencia o improcedencia de la solicitud de rectificación del compromiso de viajeros. Basándose en el artículo 60 del pliego de condiciones, el informe defiende que no procede revisar el objetivo de viajeros porque la huelga no es una alteración objetiva del sistema de transporte, sino una circunstancia que no es ajena a la propia empresa. A juicio del informante, ha de aplicarse al caso el principio de riesgo y ventura que hace recaer sobre el contratista el riesgo normal del contrato.

II.4ª. Informe del Director de Transporte Urbano Comarcal de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona

El Director de Transporte Urbano Comarcal de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona se ha pronunciado, en informe de fecha 20 de junio de 2005, sobre la solicitud de modificación del objetivo de viajeros que, como sabemos, la empresa pretende que se modifique del siguiente modo:

Año	Ofertado	Modificado	Reducción
2004	37.564.220	34.682.217	2.882.003
2005	38.315.505	37.168.714	1.146.791

El informe estudia separadamente los efectos de la huelga en los años 2004 y 2005.

En el año 2004, distingue —siguiendo el informe presentado por “..., S.L.U.”— las pérdidas directas de viajeros, la pérdida indirecta por usuarios que abandonan el transporte público después de la huelga, la pérdida

indirecta por usuarios que reducen el uso del transporte público después de la huelga y la pérdida del crecimiento de viajeros por causa de la huelga.

En relación con la pérdida directa, el informe acepta el cálculo de la empresa, cifrado en 836.197 viajeros.

Sobre la pérdida indirecta por usuarios que abandonaron el transporte público después de la huelga, que la empresa evalúa en una reducción de 668.760 viajes, el Director de Transporte Urbano Comarcal efectúa las siguientes observaciones y reparos que conducen a una estimación de pérdida de 388.239 viajes en lugar de los que defiende "..., S.L.U.”:

“En cuanto al número de usuarios diarios que han abandonado el autobús por la huelga (1.531 usuarios), en el trabajo de CÍES se estima que son 1.000 usuarios (ver página 35) que, a falta de mayores demostraciones, consideramos es el que se debe utilizar.

El ratio de utilización en día laborable de 2,17 viajes/usuario parece adecuado. De esta forma tendríamos 2.170 viajes/día.

Las hipótesis para calcular la pérdida de viajeros en el resto de días tipo parecen adecuadas. Únicamente discutir su afección sobre los usuarios en San Fermín pues son fechas totalmente atípicas con usuarios muy diferentes al resto del año.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, y manteniendo el resto de las hipótesis, obtendríamos un resultado de - 388.239 viajes.

En cuanto a las hipótesis de mayoración, al no estar suficientemente fundamentadas, consideramos debe ser desestimada.”

A la reducción de 294.223 viajes estimados por la concesionaria por pérdida indirecta de usuarios que reducen el transporte público después de la huelga, el Director de Transporte Urbano Comarcal opone asimismo una serie de objeciones por las que rechaza el cálculo realizado por la empresa:

“No está fundamentada la hipótesis inicial de que por cada dos ex-usuarios que confirmaron su abandono del servicio, al menos uno respondió que no.

A los 800 viajeros en día laborable que estima disminuyeron el número de viajes realizados, les aplica una reducción unitaria de -2,17 viajes/viajero convirtiéndolos en -1.736 viajes/día, es decir, los trata como si hubiesen abandonado totalmente el servicio. Por tanto no está aplicando una reducción de viajes, sino un abandono del servicio como en el caso del apartado anterior.

Todo lo anterior contradice las cifras de viajeros realmente observadas durante el año 2004 comparándolas con el año 2003. Efectivamente, partiendo del planteamiento del informe de que la reducción de viajeros en el año 2004 se debe principalmente a la huelga, los tres conceptos que serían directamente de aplicación (no se incluye el concepto de pérdida de crecimiento de viajeros por lo que se dice en el apartado siguiente) serían los viajeros perdidos directamente, los viajeros perdidos indirectamente por abandono del transporte público después de la huelga, y los viajeros perdidos indirectamente por un menor uso del servicio después de la huelga. La suma de estos tres conceptos nos da un total de -1.799.180 viajeros, muy superior a la diferencia de viajeros entre el 2004 y el 2003 que fue de -1.571.436 viajeros.”

En cuanto a la pérdida de crecimiento de viajeros debida a la huelga, el informe del Director de Transporte Urbano Comarcal concluye en que la realidad de la demanda en los momentos previos a la huelga era de estancamiento en torno a los 35.000.000 de viajeros, de donde deduce que no ha existido la pérdida que por este concepto defiende la empresa, basada en la extrapolación a 2004 de la tendencia del año 2003.

La pérdida que el Director de Transporte Urbano Comarcal imputa a la huelga en el año 2004, como suma de efectos directos e indirectos, es de 1.224.436 viajes.

Respecto del año 2005, el informe rechaza que se extienda a 30 meses —como defiende “..., S.L.U.”— la duración de la situación transitoria hasta que se consigue recuperar el nivel de viajeros existente antes de la huelga, dado que no se aportan argumentos concretos que sustenten esta hipótesis. También rechaza la teoría de crecimiento (interpolación, en su terminología) lineal de la cifra de viajeros desde el momento de la pérdida hasta su recuperación prevista en agosto de 2006, dado que no se han admitido las

cifras de pérdida estimadas por la compañía ni el modelo temporal de recuperación de las mismas.

En resumen, el Director de Transporte Urbano Comarcal admite una pérdida de 1.224.436 viajes en 2004 y aconseja el rechazo de lo solicitado respecto de 2005.

II.5ª. Alegaciones de la concesionaria frente a los informes de la Administración

A) Alegaciones formuladas ante la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona

El siguiente hito importante del procedimiento fue el escrito de alegaciones, de 8 de julio de 2005, presentado por “..., S.L.U.” Se trata de un extenso documento en el que se quiere demostrar la excepcionalidad tanto del proceso de otorgamiento de la concesión del servicio de transporte urbano de la Comarca de Pamplona, como del conflicto colectivo, la huelga y el laudo arbitral que se produjeron en los primeros meses del año 2004.

El laudo es, a juicio de la concesionaria, un hecho ajeno a la concesión, insospechado, extraordinario y excepcional. El conflicto tenía un cauce de solución en la negociación de los agentes sociales. “La buena administración a que se remite la legislación contractual y el pliego —dicen las alegaciones— no es conciliable siempre con la claudicación ante exigencias salariales basadas, como en este caso, en la estrategia más que de dudosa legalidad de perpetuar privilegios predispuestos (...) con vistas a la unificación de las concesiones preexistentes en una única resultante”.

Frente a las consideraciones vertidas por la Asesoría Jurídica de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, la concesionaria aduce:

1. Que la causa del desequilibrio es una decisión gubernativa, dictada por cauce de excepción impuesto ex artículo 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, que constituye una medida general de índole económica, dada su naturaleza jurídica de norma que despliega efectos *erga omnes*.

2. Que el no haber recurrido el laudo no supone aceptación del mismo por parte de "..., S.L.U.", pues ésta carece de legitimación para efectuar su impugnación por lesividad, legitimación que sí tenía la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona como tercero cuyo interés pudo resultar lesionado.
3. El documento de 16 de enero de 2004 no supone que se haya admitido la equiparación de sueldos por parte de "..., S.L.U.", pues se trata de un preacuerdo que no tiene fuerza de obligar si no se llega al pacto definitivo, sino que el compromiso asumido no va más allá de negociar el convenio colectivo. Su finalidad era simplemente la desconvocatoria de la huelga mediante unos compromisos generales que permitiesen concluir un convenio colectivo en un determinado plazo que las partes se otorgan mutuamente.

Con la misma fecha de 8 de julio de 2005, hay otro escrito de "..., S.L.U." de alegaciones frente a los informes emitidos por funcionarios de la Mancomunidad acerca del problema de la actualización del objetivo de viajeros. En dicho escrito, la concesionaria insiste en sus argumentos: la disminución del número de viajeros por causa de la huelga, la dificultad de recuperar la situación anterior, el deber jurídico de la Administración de mantener el equilibrio económico del contrato como instrumento de aseguramiento del servicio público, el carácter enunciativo de las causas de revisión del objetivo del número de viajeros, previstas por el artículo 60 del contrato de concesión, por alteraciones objetivas del sistema de transporte del que forma parte —según "..., S.L.U."— el elemento humano que atiende los vehículos.

B) Alegaciones formuladas ante el Consejo de Navarra

Como hemos indicado más atrás, "..., S.L.U." solicitó ser oída por el Consejo de Navarra y el Presidente del Consejo concedió vista del expediente y trámite de alegaciones, que la empresa formuló con fecha 10 de abril de 2006 y tuvieron entrada en la sede del Consejo de Navarra el día 21 de abril de 2006.

Dichas alegaciones vienen acompañadas de dos dictámenes, evacuados por sendos profesores de Derecho Administrativo, que afirman el derecho de "..., S.L.U." a obtener de la Mancomunidad el restablecimiento del equilibrio económico del contrato.

Las conclusiones del primer dictamen, que se transcriben en la alegación segunda del escrito presentado por "..., S.L.U." son las siguientes:

"1ª. En el presente caso de concesión del servicio público urbano de viajeros correspondiente a la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, conforme a lo previsto en el Pliego de condiciones que la rige, se da el supuesto de restablecimiento del equilibrio financiero de la concesión.

2ª. Este equilibrio financiero ha sido quebrado, conforme aduce ..., aunque el supuesto de hecho deberá quedar absolutamente acreditado y probado mediante un informe pericial, tal como exige el Pliego de condiciones.

3ª. El laudo arbitral obligatorio instado por la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona."

En el segundo dictamen se contienen las siguientes conclusiones, también reproducidas en la alegación segunda de las presentadas por la concesionaria:

"Primera.- Los sobrecostes laborales generados por el laudo arbitral impuesto por el Gobierno de Navarra deben considerarse riesgos extraordinarios que están más allá del alea normal del contrato asumido por la empresa adjudicatario del servicio.

Segunda.- La Mancomunidad concedente viene obligada a compensar a la empresa concesionaria con el fin de restablecer el equilibrio financiero inicial de la concesión, que los sobrecostes laborales generados por el aludido laudo arbitral ha alterado gravemente.

Tercera.- No estaría justificado en este caso limitar la compensación reclamada supuesto que la causa del desequilibrio producido no es en absoluto ajena a la conducta de la Administración concedente, sino que tiene, precisamente, su origen en decisiones de autoridad adoptadas a instancia de la misma.

Cuarta.- Los mayores costes laborales resultantes de sentencias firmes dictadas en aplicación del régimen jurídico al que venían sometidos los trabajadores procedentes de ... en el momento de la licitación sí han de ser asumidos por la empresa adjudicatario, supuesta la carga de enjuiciar o valorar la información que sobre ese asunto le fue facilitada que echó sobre ella el artículo 18 del Pliego de Condiciones.

Quinta.- Debe entenderse procedente la revisión del compromiso de viajeros solicitada por ... a causa de la huelga que tuvo lugar en la primavera de 2.004, aunque su cuantificación deba quedar a expensas de las pruebas que se practiquen en el curso del procedimiento".

Además, aduce "..., S.L.U.", en apoyo de sus tesis, el principio de confianza legítima, basada en las condiciones en que se adjudicó el servicio a "..., S.L.L.", cuya oferta fue preferida por haber sido considerada temeraria la presentada por la otra entidad licitadora; y en las circunstancias que rodearon el proceso de compra de "..., S.L.L." por "...S.A.", participada en un 50 % por "...".

"..., S.L.L.", que hasta el año 1999 había tenido una situación económica positiva, entró en pérdidas desde el momento de la unificación del servicio. En el año 2003 su endeudamiento superó los 12 millones de euros, las pérdidas pasaban de 700.000 € y, pese a una revalorización de activos realizada para equilibrar la situación patrimonial, los fondos propios de la sociedad eran negativos en alrededor de 800.000 €.

En estas circunstancias el Presidente de la Mancomunidad mostró su interés en que "..., S.A." comprase las participaciones de la sociedad concesionaria, operación que llevó a efecto en octubre de 2004 con autorización expresa y previa de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona. Las alegaciones ponen de relieve que "... presentó un escrito a la Mancomunidad el día 4 de octubre de 2004, en el que se expresan las condiciones en que estaba dispuesta a adquirir las participaciones de ..., condiciones que —a su juicio— fueron aceptadas por la Mancomunidad dado que, en otro caso, no habría otorgado la autorización de la venta. Dice, literalmente, el escrito presentado por la concesionaria:

“... manifiesta en su escrito que la operación se condiciona «al equilibrio económico y financiero de la concesión», que se materializará entre otros extremos, con el «mantenimiento de un equilibrio patrimonial de la empresa, apoyado en unos resultados de gestión positivos que permitan la continuidad y viabilidad de la sociedad».

Es decir, ... y La Mancomunidad, eran conscientes de la situación económica deficitaria de la concesión, agravada ya en ese momento por la aplicación del Laudo Arbitral de 30 de abril de 2.004 y por la huelga que afectó al servicio durante los primeros meses de dicho año, por lo que era preciso el restablecimiento del equilibrio económico como punto de partida para la normalización del mismo.

... compró por tanto la totalidad de las acciones de ... en la legítima confianza de que había de restablecerse el equilibrio económico de la concesión a que se condicionó la operación y de esa manera, podría hacer frente a la totalidad de los compromisos patrimoniales que asumió frente a La Mancomunidad en aquel escrito...”

También se extienden las alegaciones sobre la cuantía del reintegro procedente, apoyando sus conclusiones en tres informes periciales, dos referidos a los sobrecostes laborales y un tercero sobre el compromiso de viajeros.

En este punto, el escrito de alegaciones comienza poniendo de relieve las importantes diferencias en la evaluación de los sobrecostes laborales que presentan los dos dictámenes periciales que ya obraban en el expediente: de un lado, el emitido por “...”, designado por el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Navarra; y, de otra parte, el emitido por don ..., que fue designado por el Colegio Oficial de Economistas de Navarra. Las diferencias entre ambos (“...” fijó el incremento de costes en un 0,85%, y el señor Navarro en 2.488.272,88 €) se explican, según la concesionaria, por los siguientes motivos que invalidan el dictamen de ...:

“... emite un dictamen en derecho expresando su opinión sobre extremos que no están en discusión, como son la subrogación operada ex art. 44 E.T. y la ultraactividad del Convenio Colectivo de También emite opinión sobre la validez del documento de 16 de enero de 2004 suscrito por la concesionaria y la representación legal de sus trabajadores, extremo, que al ser cuestión jurídica no debe ser objeto de dictamen pericial.

Desprecia la realidad de los costos salariales producidos en la concesionaria en los dos años objeto de comparación hasta el punto de no haber solicitado ni obtenido dato contable alguno de la sociedad.

Como consecuencia de lo anterior, obtiene datos irreales sobre los costos de personal, hasta el extremo de que los establece (bajo la rúbrica "total devengado anual") en 9.508.556,04 € para 2003 y en 9.626.525.64 € para 2004, lo que no se concilia con la contabilidad auditada de la sociedad, según veremos más adelante.

Tan exigua diferencia sólo es imaginable si además de desconocer los datos reales contables, no son considerados incrementos algunos de los que resultan del Laudo Arbitral, por entender que no son consecuencia de éste, sino del documento suscrito el 16 de enero de 2004 antes citado."

(...)

Por contra, el dictamen del economista designado a tal fin por su Colegio Oficial, ha solicitado y obtenido toda la documentación precisa para la elaboración de su informe y del mismo resulta de forma indubitada que los gastos de personal en 2003 ascendieron a 10.981.285,01 € y los de 2004 a 12.865.456,14 €, lo que coincide casi con exactitud con la realidad contable de la sociedad que se desprende de los informes de auditoria de 2004, que incluye datos contables del ejercicio anterior, y del emitido por "...". Ambos se acompañan como documentos números 7 y 8.

En efecto, por lo que respecta a 2003, la única diferencia que se detecta entre la cifra de gastos de personal del dictamen pericial basado en los datos que le entregó la asesoría de la concesionaria encargada de las nóminas y los contenidos en la contabilidad de la sociedad, es de 590,99 €

En cuanto a los gastos de personal de 2004, las diferencias que resultan del dictamen pericial (12.865.456,14 €) y del informe que sobre los estados contables de la sociedad elabora ... (12.826.314,19 €), que asciende a 39.142 €, se explica porque el perito, según razona en su dictamen, ha extrapolado los costos de personal producidos en los meses de mayo a diciembre, a todo el año 2004, por lo que los costos que obtiene de enero a abril no son reales, sino resultado de la proyección en que se basa."

En relación al objetivo de viajeros, las alegaciones se remiten al informe obrante en el expediente, emitido por ... el 20 de octubre de 2005,

empresa consultora designada por la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona entre un grupo de cinco propuestas por la concesionaria.

El informe de ... llega a la conclusión de que, caso de no haberse producido la huelga, hubieran usado el servicio público de transporte de la concesionaria 35.436.127 viajeros, en lugar de los que realmente lo hicieron (33.372.871), lo que supuso una pérdida de 2.063.256 viajeros que a la tarifa media ponderada de 0,40€/viajero, supone una pérdida para la titular del servicio de 825.302,40€

El contenido de este informe es coherente con la evolución positiva de viajeros que, gracias a las inversiones y mejoras organizativas puestas en marcha por la concesionaria se viene experimentando desde marzo de 2005 (punto más bajo en la utilización del servicio con 33.046.316 viajeros en los doce meses precedentes), para llegar al momento actual (31.03.06), con 36.753.334 viajeros, que hubieran sido 2.063.256 viajeros más, de no haber sido por los efectos negativos de la huelga, tal como se desprende del dictamen de Es decir, que al 31 de marzo de 2006, se estaría cerca del objetivo de viajeros previsto en la oferta para el 31 de diciembre de 2006, que era 39.081.815.

III. CONSIDERACIONES JURIDICAS

III.1ª. Cuestiones planteadas

Los problemas que han de resolverse en este dictamen vienen determinados por el contenido de las solicitudes formuladas por la concesionaria del servicio de transporte urbano de la comarca de Pamplona.

Existen dos solicitudes acumuladas en el presente expediente, que fueron presentadas con pocos días de diferencia: a) de un lado, se pidió el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión, alterado por causa de las huelgas que los trabajadores de la empresa realizaron en los primeros meses del año 2004; b) de otro lado, se ha pedido también la revisión del objetivo de viajeros contenido en el pliego de condiciones de la concesión.

III.2ª. Circunstancias fácticas relevantes

En páginas anteriores, y a propósito de la solicitud de restablecimiento económico de la concesión presentada por "... S.L.U.", hemos apuntado algunos de los antecedentes de hecho que conviene conocer para llegar a un pronunciamiento sobre las cuestiones suscitadas por la concesionaria.

El servicio de transporte urbano de la comarca de Pamplona era prestado por dos compañías ("...", S.L.L." y "..., S.L.L.") a las que se habían otorgado las concesiones del transporte estrictamente urbano de Pamplona y el de proximidad o cercanía a la capital, respectivamente.

La Ley Foral 7/1998, de 1 de junio, reguladora del transporte público urbano por carretera autorizó a los municipios para acordar la unificación de servicios que hayan sido objeto de concesiones independientes, a efectos de que la prestación de los mismos se haga en régimen de unidad de empresa. El artículo 15 de la citada Ley Foral obligaba al ente local a respetar el equilibrio económico de las concesiones y establecía el procedimiento de determinación de la nueva titularidad única de la concesión unificada, a cuya adjudicación sólo podían concurrir, en principio, los antiguos concesionarios.

Al amparo de esta norma legal se acordó la unificación del servicio que nos ocupa, el cual fue definitivamente adjudicado a "... S.L.L.", según se desprende del contrato suscrito el día 28 de noviembre de 2002 entre el Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona y el Consejero-Delegado de "... S.L.L.", que consta en los folios 153 y siguientes del expediente.

En el citado documento se convino que "..., SLL" habrá de subrogarse en la posición mantenida por "..., SLL" en las relaciones jurídicas de naturaleza laboral entabladas con sus trabajadores en las condiciones legalmente establecidas a la vista de su actual régimen jurídico. La subrogación en las relaciones jurídicas mantenidas por la concesionaria cesante con sus trabajadores se atenderá a las condiciones establecidas en el acuerdo, adoptado por la Asamblea General de la Mancomunidad, por el cual se aprueba la resolución de las concesiones formalizadas con "..., SLL"

y "..., SLL" alcanzando a aquellos derechos y deberes que, conforme al citado acuerdo, se encuentran incardinados en la concesión, sin perjuicio de que, por fundamentos jurídicos ajenos al ámbito de ésta o de manera voluntaria, la adjudicataria asumiera otros derechos o deberes que, en ningún caso, podrán vincularse a la concesión."

De este modo, la concesionaria se encontró con una plantilla de trabajadores dividida en dos grupos —sus antiguos trabajadores y los incorporados procedentes de la "..., S.L.L.", abreviadamente, "..., S.L.L."— que estaban sometidos a regímenes jurídico-laborales diferentes.

Según relato del concesionario —sobre el que la Administración no ha hecho objeciones aunque no se compadece con la denominación de las sociedades licitantes que figura en el contrato de adjudicación de la concesión—, "las especiales circunstancias de la relación laboral de las dos empresas prestatarias (*sic*) del servicio y cuyo personal habría de integrarse en la que resultase adjudicataria de la concesión única, son bien conocidas por esa Mancomunidad, al tratarse, en un caso, de una cooperativa y en otro de una sociedad laboral". Las denominaciones que constan en el contrato ponen de manifiesto, por el contrario, que ambas empresas tenían la forma jurídica de sociedad limitada laboral en el año 2002, fecha de unificación de la concesión.

Ello no empece, sin embargo, a la realidad de la coexistencia de dos regímenes laborales en el seno de la empresa unificada que originó una situación prolongada de tensiones laborales que desembocaron en un conflicto colectivo al inicio del año 2004. El conflicto se materializó en una huelga que se hizo efectiva —según manifiesta la concesionaria— durante 19 días comprendidos entre el 25 de marzo y el 27 de abril de 2004 (9 días de huelga total y 10 días de huelgas parciales).

Iniciado el conflicto, las partes se reunieron el día 16 de enero de 2004 con el fin de desbloquear la negociación del convenio colectivo y llegaron a una serie de acuerdos en documento que figura entre los remitidos a este Consejo por el Presidente del Gobierno de Navarra el día 13 de marzo de 2006. En dicho documento se hace constar el régimen jurídico aplicable a

cada uno de los grupos de trabajadores y la voluntad de que se mantenga en vigor hasta que se suscriba el nuevo convenio colectivo de empresa que regule de forma unitaria las relaciones laborales de toda la plantilla. Además se establecen determinados compromisos —todos ellos condicionados, volvemos a insistir, a la firma del futuro convenio colectivo—, relativos al plus de San Fermín, plus de Navidad, diferencias por horas extras, antigüedad, incapacidad temporal, cesta de Navidad, renovación de permiso de conducir, calendario laboral, control de jornada, texto normativo único para toda la plantilla de la empresa, sistemas de incremento salarial necesarios para que en el plazo de tres años exista plena igualdad salarial en los conceptos de tablas, etc.

“... S.L.U.” dice en su escrito de 5 de abril de 2005 que la situación de desatención del transporte público y las lógicas consecuencias para el funcionamiento de la comarca de Pamplona, llevaron a que la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona solicitase por propia iniciativa al Gobierno de Navarra, con fecha 22 de abril de 2004, la imposición de un arbitraje obligatorio, teniendo en cuenta el incumplimiento de los servicios mínimos, los perjuicios para la economía, el clima de alteración de la paz ciudadana y la especial incidencia del coste de las reivindicaciones laborales sobre la empresa que, al estar sometida a régimen de concesión, puede repercutir de forma indirecta sobre la administración (folio 4 del expediente).

El Gobierno de Navarra atendió la petición de la Mancomunidad y adoptó acuerdo el día 26 de abril de 2004, estableciendo arbitraje obligatorio como medio de resolución del conflicto laboral y de la huelga en la empresa “... S.L.L.” De la exposición de motivos de dicho acuerdo se deduce que la huelga había sido convocada por el comité de empresa y el Gobierno de Navarra había establecido los pertinentes servicios mínimos “del transporte regular urbano de viajeros de la Comarca de Pamplona, por considerar que el mismo es un servicio esencial para los ciudadanos en cuanto constituye el instrumento a través del cual se garantiza el derecho de libertad de circulación, y por lo tanto debe gozar de la máxima protección jurídica, dado el carácter ineludible en orden a preservar el derecho a traslado de trabajadores, estudiantes y otros usuarios necesitados de dicho transporte

público y que no puedan hacer uso de medios de transporte alternativos, con los graves perjuicios que la no prestación del servicio supondría para los intereses generales.”

En el acuerdo del Gobierno de Navarra consta asimismo que los trabajadores incumplieron sistemáticamente los servicios mínimos y el paro afectó a la totalidad del transporte urbano, habiéndose denunciado por la empresa actos de coacción a trabajadores para que se sumasen a la huelga y de sabotaje contra autobuses y demás elementos materiales afectos al servicio.

El Gobierno expone también que la empresa puso en evidencia la imposibilidad de acercarse mínimamente a las posturas mantenidas por los trabajadores, si no es con el consentimiento o la anuencia de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona. Por su parte, la Mancomunidad, responsable del servicio, manifestó que en los aspectos económicos de la concesión administrativa no cabe una mayor aportación para cubrir su déficit ni una subida de las tarifas que pagan los usuarios del transporte urbano.

Todo ello llevó al Gobierno de Navarra a imponer el arbitraje obligatorio, a instancias de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona.

El arbitraje se resolvió mediante laudo arbitral de 30 de abril de 2004, obrante al folio 728 del expediente, cuyo artículo 15 aborda el problema de la equiparación salarial del siguiente modo:

“Artículo 15. Equiparación e incremento salarial.

1. En razón de las circunstancias y diferentes regulaciones por convenio colectivo previas al presente, que implican la existencia de diferentes salarios a iguales categorías, se producirá una equiparación salarial en tres años de los conceptos fijos que se incluyen en la Estructura Salarial del artículo anterior, de manera tal que, partiendo de la retribución anual que percibiera cada trabajador el 31 de diciembre de 2003, se alcanzará la retribución máxima que tuviera un trabajador de esa misma categoría en la fecha indicada, según se especifica en la tabla siguiente, mediante la eliminación de la diferencia existente.

(omitimos la transcripción de la tabla)

La citada equiparación se efectuará mediante el abono de incrementos anuales del 33,33% de la diferencia total, en cada uno de los tres años. Dicho incremento anual se abonará en 12 mensualidades.

En todo caso ninguna de las cantidades anuales abonadas en concepto de equiparación podrá ser inferior al IPC estatal del año precedente aplicado sobre salarios fijos y comunes.

2. Incremento salarial para los salarios más altos:

Año 2004: se aplicará un incremento del 2,6% sobre los conceptos que las partes denominan "fijos y comunes", percibidos en el año 2003.

Años 2005-2006: se aplicará un incremento del IPC correspondiente al año precedente sobre los conceptos que las partes denominan "fijos y comunes" correspondientes también a cada año precedente.

Los citados incrementos se abonarán tan pronto como sea constatado oficialmente el IPC que haya de ser aplicado.

Estos incrementos constituirán un complemento o garantía *ad personam*."

El laudo arbitral ha provocado, según criterio de la empresa, una alteración de las condiciones económicas de la concesión, en especial de la variable "Bus x Hora útil (P_H)", que ha quebrantado severamente el equilibrio económico de la concesión.

III.3ª. Régimen jurídico

Hay que comenzar poniendo de relieve que nos encontramos ante un contrato de concesión de servicio público de transporte urbano de viajeros entre una entidad local de Navarra y una sociedad concesionaria, cuyo régimen jurídico es complejo, pues concurren en el caso objeto de dictamen la legislación estatal de carácter básico en materia de Administración local y de contratos, la legislación foral sobre contratación y servicios de las corporaciones locales, la legislación foral general de contratos de las

Administraciones públicas de Navarra. En fin, es ley del contrato el pliego de condiciones aprobado por la Administración concedente y aceptado por la concesionaria desde la formulación de su oferta.

La legislación estatal aplicable está contenida, de un lado, en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LRBL) y en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante, RSCL); y, por otro, en el Texto Refundido la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (en adelante, TRLCAP), cuyos preceptos son de carácter básico, a excepción de los enumerados en su disposición final primera.

En materia de concesión de servicios públicos de las corporaciones locales de Navarra es preciso tener en cuenta el capítulo II del título V de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra (en adelante, LFALN).

La contratación de las Administraciones locales, en el ámbito navarro, se rige por la misma LFALN, así como por la LFCAPN, aplicable a las Entidades Locales de Navarra en lo que no se oponga a las especialidades configuradas en su legislación foral específica (artículo 1.2 de la LFCAPN y artículo 224.2 de la LFALN).

En fin, no puede dejar de citarse el pliego de condiciones de la concesión, auténtica ley del contrato según reiterada jurisprudencia, sobre el que han de efectuarse algunas observaciones que permitan entender tanto el problema tratado como los argumentos en que se sustenta este dictamen.

III.4ª. El pliego de condiciones

A) *Oferta económica de la concesionaria*

El pliego de condiciones de la concesión establece el régimen de prestaciones y contraprestaciones que las partes se obligan a realizar, de las que nos interesa en este momento concretar la contraprestación económica a que tiene derecho "..., S.L.U.", derivada del propio pliego y de la oferta que,

en el marco establecido por el pliego, realizó la empresa adjudicataria. Conviene que nos detengamos a exponer cuáles son los derechos económicos de la concesionaria, dado que son ellos el principal objeto sobre el que ha de versar este dictamen.

El título VI de pliego de condiciones, bajo la rúbrica “régimen económico de la concesión, establece las compensaciones a que tiene derecho la adjudicataria de la concesión, que resumimos seguidamente.

Según el artículo 51 del pliego de condiciones, la retribución de la concesionaria está constituida, en primer lugar, por el importe de las tarifas que satisfagan los usuarios del servicio, las cuales serán fijadas por la Mancomunidad con ocasión de la aprobación de los presupuestos, y su cuantía podrá ser o no inferior al coste del servicio, según aconsejen las circunstancias sociales y económicas relevantes para su prestación.

Lógicamente, la Mancomunidad se hace cargo de los déficit de la explotación provocados por su política tarifaria. En caso de que las tasas cobradas a los usuarios no cubran el coste del servicio, la Mancomunidad se obliga a retribuir a la concesionaria mediante una compensación, que el pliego llama subvención, equivalente a la diferencia entre los costes ofertados del servicio y los ingresos netos efectivamente realizados. Además, se establece un tercer concepto retributivo para incentivar el logro de determinados objetivos, consistentes en el número de viajeros, la obtención de ingresos accesorios, el cumplimiento del servicio con el nivel de calidad medida exigido y el cumplimiento del nivel exigido de calidad percibida por el usuario. Así pues, son tres los conceptos retributivos de la concesionaria, que se expresan en la siguiente fórmula:

$$S = (C - I) \pm G$$

Donde:

- S: Subvención o compensación neta a entregar al concesionario
- C: Coste ofertado del servicio
- I: Ingresos del servicio
- G: Incentivos de gestión

El coste ofertado del servicio se descompone en dos elementos, que reciben en el pliego el nombre de costes ofertados de operación (Co) y costes de inversión (Ci).

Los costes ofertados de operación o costes operativos se componen de la suma de dos grupos de costes que podemos denominar costes variables y costes fijos. Los costes fijos son los de personal, seguros de autobuses y otros costes asociados. Los costes variables están constituidos por el carburante, lubricantes y grasas, neumáticos, gastos de mantenimiento y reparación de los vehículos y otros costes asociados. Más concretamente, los costes operativos se determinan mediante una fórmula que el artículo 53 del pliego de condiciones explica con profusión de detalle y nosotros resumimos seguidamente:

$$Co = (P_H \cdot H) + (P_K \cdot K)$$

Donde:

P_H : Es el precio por Bus/Hora útil ofertado por el concursante, que se desglosa en los siguientes conceptos:

- Coste del personal de conducción
- Seguros de los autobuses
- Otros costes asociados

H : Es el número de horas útiles efectivamente realizadas por los vehículos en el periodo a liquidar, es decir, el tiempo en horas que los vehículos fijos, refuerzos y reservas emplean dentro del itinerario de las líneas, en realizar el servicio comprendiendo vehículos fijos, de refuerzo y de reserva.

P_K : Es el precio por Bus/Kilómetro útil ofertado por el concursante. Se desglosa en los siguientes conceptos:

- Carburante
- Lubricantes y grasas
- Neumáticos
- Mantenimiento y reparación de vehículos
- Otros costes asociados

K : Es el número de kilómetros útiles efectivamente recorridos en el periodo a liquidar y comprende los que corresponden a los vehículos fijos y a los vehículos de refuerzo. Se efectúa una previsión de 6.261.075 kilómetros para el año 2002.

El segundo elemento que integra los costes computables para el cálculo de la compensación de la Mancomunidad son los costes de inversión, que según los artículos 54 a 57 del pliego de condiciones, se componen de las amortizaciones técnicas, el valor de reversión y el coste financiero de la flota de autobuses, la pintura de autobuses, los instrumentos de pago, los rótulos electrónicos de los autobuses, las instalaciones técnicas y otras instalaciones futuras. El pliego determina minuciosamente el alcance de estos conceptos, así como los sistemas de cálculo de las amortizaciones técnicas (artículo 55), los costes de financiación computables que son independientes del origen y coste efectivo de los fondos (artículo 56), así como el importe del fondo de reversión (artículo 57), sin que en este lugar sea preciso extenderse en la explicación de tales cláusulas. Tampoco es necesario entrar en el detalle de los métodos de revisión de los costes operativos por horas y kilómetros de autobús, que el artículo 58 del pliego regula con referencia a determinados índices de evolución de precios de los elementos integrantes de dichos costes, tanto fijos como variables.

El segundo de los elementos de la compensación neta a percibir por la concesionaria son los ingresos del servicio. Dichos ingresos están integrados por los ingresos tarifarios que son, en principio, los realmente obtenidos por la concesionaria en aplicación de las tarifas aprobadas por la Mancomunidad, sin computar el Impuesto sobre el Valor Añadido que, en su caso, grava la prestación del servicio. Además se contemplan otros ingresos cuya regulación específica no interesa en este momento: ingresos financieros, ingresos por publicidad, ingresos por venta de bienes completamente amortizados y otros ingresos procedentes del inmovilizado material, subvenciones, aportaciones y ayudas y servicios especiales.

Interesa, sin embargo, explicar la configuración de uno de los mecanismos contractuales de incentivo o penalización económica de la concesionaria. El artículo 61 del pliego establece cuatro referencias en torno a las cuales se fijan los incentivos de gestión, a saber:

- El número de viajeros obtenidos (G_V).
- La obtención de ingresos accesorios (G_A).

- El cumplimiento de- servicio con el nivel de calidad medida exigido (G_{CM}).
- El cumplimiento del nivel exigido de calidad percibida por el usuario (G_{CP}).

La compensación económica acreditada, en su caso, por la concesionaria aumenta o disminuye mediante la suma algebraica de los cuatro elementos que acabamos de indicar. Uno de ellos (el número de viajeros obtenido) es objeto de la solicitud presentada por "... S.L.U." y se basa en que el contrato pretende estimular el uso del transporte público y, a tal efecto, impone a la empresa un objetivo de número de usuarios.

El incentivo o penalización por el número de viajeros obtenido (G_V) viene determinado por la diferencia entre el número real de viajeros registrados en el ejercicio y el número mínimo de viajeros comprometidos por el concesionario en su oferta económica. La escala de bonificaciones y penalizaciones se basa en considerar como precio de equilibrio el que derive del cobro de tarifas a los usuarios comprometidos y en la distribución entre Administración y concesionaria de la diferencia entre el importe de los ingresos totales imputables al número teórico de usuarios comprometidos y el número real de usuarios durante el año. Las diferencias se distribuyen del siguiente modo:

Si la empresa operadora no alcanza el mínimo de los viajeros comprometidos, asumirá el menor ingreso tarifario que de ello se derive.

Un incremento de viajeros reales de hasta el 2% sobre los viajeros comprometidos se reparte a partes iguales entre la Mancomunidad y "... S.L.U."

El siguiente tramo de incremento de viajeros, entre el 2% y el 4% sobre viajeros comprometidos, se reparten a razón de 1/3 para la operadora, y 2/3 para la Mancomunidad.

A partir del 4% de incremento de viajeros sobre los viajeros comprometidos, se reparten a razón de $\frac{1}{4}$ para la operadora y $\frac{3}{4}$ para la Mancomunidad.

Más concretamente, la variable G_V se determina mediante la siguiente expresión matemática:

$$Gv = (V_R - V_C) * T_M * a) + b$$

Donde:

V_R : Número real de viajeros registrado en el ejercicio objeto de liquidación.

V_C : Número de viajeros comprometido por el concesionario para ese ejercicio, según la oferta realizada.

T_M : Tarifa media ponderada del periodo calculada dividiendo los ingresos por tarifas totales del periodo (sin IVA) entre el número de viajeros reales del mismo.

a y b: Términos de cuantificación de la bonificación cuyos valores se calculan en función de la relación entre V_R y V_C de acuerdo con el siguiente cuadro:

Si $V_R / V_C \dots$	a	b
Si $(V_R / V_C) \leq 1$	1	0
Si $(V_R / V_C) \leq 1,02$	0,5	0
Si $(V_R / V_C) \leq 1,04$	1/3	$V_C \cdot 0,2 \cdot T_M \cdot 1/6$
Si $(V_R / V_C) > 1,04$	1/4	$V_C \cdot 0,2 \cdot T_M \cdot 1/3$

B) Equilibrio económico del contrato

El pliego de condiciones incorpora el principio legal de riesgo y ventura (artículo 104 LFCAPN y artículo 200.2 de la LFALN) en el artículo 6, donde podemos leer:

“Artículo 6.- Riesgo y ventura.

El contrato se entenderá concertado a riesgo y ventura del adjudicatario, quien deberá asumir lo que se ha venido a denominar por la jurisprudencia «el alea normal del contrato», sin perjuicio de lo establecido en el ordenamiento jurídico.”

No obstante, el contrato no es inmodificable. Está también prevista la alteración del contrato por razones de interés público y, en particular, hay una cláusula de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión que es propia de los contratos de tracto sucesivo y, por tanto, del contrato de concesión de servicios públicos (artículo 124.2 de la LFCAPN y artículo 186.2 de la LFALN).

En el pliego de condiciones, la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona se comprometió a mantener el equilibrio económico de la concesión. Esta obligación se contiene en el artículo 34 del pliego, del que se desprenden las obligaciones que reseñamos a continuación:

1º.- Por un lado, la Mancomunidad está obligada a compensar económicamente a la concesionaria por razón de las modificaciones que ordene introducir y que supongan un incremento de costos o disminución de retribución. Esta compensación se ajusta a las siguientes reglas:

“El importe de la compensación será determinado aplicando a la modificación los criterios establecidos en el pliego de condiciones.

No darán lugar a compensación las modificaciones de detalle, cuya mínima importancia no conlleve la vulneración del equilibrio económico.

En el caso de modificaciones que, por sus especiales características, no pudieran incardinarse en la citada fórmula por afectar a aspectos del servicio no contemplados en ésta, la Mancomunidad determinará en cada caso la forma tanto de ejecución del gasto por parte de la concesionaria, como de compensar económicamente a ésta.”

2º.- También debe la Mancomunidad revisar la retribución de la concesionaria cuando, sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas imprevisibles determinen, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión. En este caso, los criterios a seguir son los siguientes:

“Únicamente cabrá compensar a la concesionaria cuando las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles concurren mediando una buena y ordenada administración de la concesión.

Se considerarán como circunstancias sobrevenidas e imprevisibles las derivadas tanto de medidas políticas o económicas generales como de hechos extraordinarios que no hubieran podido preverse. La compensación no será calculada de acuerdo a los elementos de la fórmula que para la retribución de la concesionaria se establece en el artículo 51, sino que incluirá únicamente el daño emergente, excluyéndose expresamente el lucro cesante.

El restablecimiento del equilibrio económico deberá ser solicitado por la concesionaria, acreditando la concurrencia del hecho causante de su ruptura así como la justificación razonada del importe compensatorio que se proponga.

Con el fin de determinar la procedencia del importe de la compensación, la Mancomunidad emitirá el correspondiente informe pericial en el que se efectuará una apreciación global de las circunstancias concurrentes en cada caso, valorando, entre otras, las aportadas por el concesionario. Una vez otorgada la audiencia correspondiente a la concesionaria, la Mancomunidad resolverá acerca tanto del importe concreto de la compensación como de la atribución a las partes, determinando el porcentaje que a cada una corresponda."

C) *Revisión del objetivo de viajeros*

También se contempla de forma expresa en el pliego un supuesto de revisión del objetivo de viajeros que conviene tener en cuenta. Nos referimos al artículo 60 del pliego, cuyo tenor literal íntegro es el siguiente:

"Artículo 60.- Revisión.

Con independencia de que determinadas condiciones económicas del contrato pudieran ser revisadas cuando se produzcan circunstancias que de manera objetiva y justificada, así lo hagan necesario, se prevén las siguientes situaciones:

a) Revisión del objetivo de viajeros

Se podrá revisar el objetivo de viajeros, previa justificación por parte de la empresa concesionaria o a instancia de la Mancomunidad, en el caso de que se produjeran alteraciones objetivas del sistema de transporte de magnitud suficiente como para afectar al servicio, tales como prolongaciones o modificaciones importantes de la red, modificaciones sensibles en el sistema tarifario, alteraciones significativas en la red viaria, variaciones importantes en la política de movilidad de la ciudad (priorización del transporte público, restricciones al aparcamiento privado, otras), etc.

La revisión deberá fundamentarse en los estudios pertinentes. En la revisión se tendrá en cuenta que el concesionario cumpla el servicio contratado y el nivel de calidad exigido, descritos en el artículo 64, así como que no exista empeoramiento significativo o empeoramiento por debajo del nivel mínimo del nivel de calidad percibido por los usuarios, descrito en el artículo 65."

III.5ª. Los principios rectores de la distribución de los riesgos del contrato de concesión de servicios públicos

A) El principio de riesgo y ventura

Es regla general en el ámbito de la contratación administrativa el llamado principio de riesgo y ventura, en cuya virtud el contratista está obligado a soportar los riesgos de la contratación. El Consejo de Estado declara que “son principios básicos de la contratación administrativa la obligatoriedad de lo pactado y la estricta sujeción a lo que las partes hayan convenido” (dictamen del Consejo de Estado número 43.909, de 22 de diciembre de 1981), quedando su objeto determinado en la adjudicación (véase el dictamen número 45.171, de 19 de mayo de 1983)” (dictamen 3.344/2002, aprobado el 13 de marzo de 2003).

Este principio jurídico se encuentra formulado en todos los textos legales que regulan la materia que constituye nuestro objeto de estudio.

En primer lugar, se encuentra recogido en el TRLCAP, cuyo artículo 98 señala que “la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 144”. En el mismo texto refundido, el artículo 156, que establece las modalidades de contratación, dice que los contratos de gestión de servicios públicos pueden adoptar la modalidad de concesión “por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, siendo aplicable en este caso lo previsto en el apartado 3 del artículo 130 de la presente Ley”.

También el artículo 200.2 de LFALN, en la sección relativa a las formas de gestión de los servicios públicos, dice que “la gestión del servicio por el concesionario se realizará a su riesgo y ventura”.

La LFCAPN es igualmente explícita en este sentido, al decir en su artículo 16.4 que “la contratación de la gestión de los servicios públicos adoptará cualquiera de las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura...”

El principio de riesgo y ventura está también incorporado al artículo 6 del pliego de condiciones, que ha sido reproducido en páginas anteriores.

La jurisprudencia se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este tema y de sus pronunciamientos se desprende que el contratista debe asumir el riesgo empresarial inherente a su negocio. Como sostiene la STSJ de Castilla y León de 30 de mayo de 1997, “la equivocación en las previsiones formuladas por la empresa, el acaecimiento de súbitas perturbaciones en los trabajos o de dificultades técnicas no previstas o la existencia de contratiempos que la encarecen desmesuradamente son típicos ejemplos de las incidencias que debe soportar todo empresario durante la etapa de construcción y que legitima el beneficio de la operación. Ninguno de estos hechos perturbadores, pero jurídicamente normales, faculta al contratista a reclamar indemnización de la Administración, porque la asunción de estos riesgos por aquél es parte integrante del contrato y se compensará por ésta en el marco del precio convenido. El «alea negoti», es una de las notas características, en definitiva del contrato de obras, y aunque el juego se ha ido limitando, como resultado de la asunción de la fuerza mayor por la Administración y de las cláusulas de revisión, sigue imperando como regla indiscutible, lo que significa que el contratista asume el riesgo de poder obtener una ganancia mayor o menor e incluso de perder cuando sus cálculos están mal hechos o no respondan a circunstancias sobrevenidas en la ejecución del contrato.”

La importancia del principio de riesgo y ventura se acentúa cuando se pone en relación con otro principio fundamental de la contratación cual es el de publicidad y concurrencia. La variación de los términos de contrato por circunstancias sobrevenidas y previsibles dejaría en situación de desigualdad de oportunidades a otros contratistas que pudieron optar a la adjudicación del contrato si desde el inicio se hubiera concebido en los términos en que posteriormente resulte modificado. Como dice la STS de 27 de junio de 1988, “el rigor y formalidades inherentes a la contratación administrativa mediante el procedimiento de concurso subasta implica un cabal y completo conocimiento, por parte de los licitantes, de las obras a realizar, obtenido a través del proyecto, presupuesto y Pliegos de

Condiciones facultativas y técnico administrativas, información que debía ser determinante no sólo la concurrencia de la actora, sino de la oferta que realizó (...). Debiendo recordarse al respecto que, establecido por el art. 13 de la Ley de Contratos del Estado en su modificación por Ley n.º 5 de 17 de marzo de 1973, y por el concordante art. 32 del Reglamento General de 25 de noviembre de 1975, que los contratos se celebraron «bajo los principios de publicidad y concurrencia», una modificación grave y sustancial de la obra a realizar o su presupuesto implicaría quiebra de tales principios en orden a la adjudicación realizada.”

El Consejo de Estado ha dicho, en el expediente 3.344/2002, a propósito del principio de riesgo y ventura, que “el fundamento de este principio es triple: en primer lugar, el principio de seguridad jurídica (dictamen del Consejo de Estado número 50.293, de 5 de noviembre de 1987); en segundo lugar, el principio de concurrencia y la necesidad de no desvirtuar las garantías presentes en la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas (pues una erosión del principio de riesgo y ventura podría hacer ilusorias las garantías que en la licitación se ofrecieron a aquellos licitadores que no resultaron adjudicatarios), y en tercer lugar la protección de los intereses de la Hacienda pública.”

B) *Factum principis*

La doctrina del riesgo y ventura a cargo de contratista no es, sin embargo, un criterio absoluto que imponga la inmodificabilidad del contenido del contrato. Los contratos administrativos no son inmutables pues la Administración ostenta el poder de modificarlos unilateralmente por razones de interés público, y, además, la modificación puede resultar del ejercicio de otras potestades administrativas distintas del *ius variandi*, motivo que ha obligado a elaborar la doctrina del *factum principis* como instrumento para justificar la reforma de las cláusulas contractuales con el fin de restablecer el equilibrio económico del contrato.

Como dice el Consejo de Estado, “aunque la regla general está constituida por la asunción por parte del contratista del "aleas", sin embargo la Ley de Contratos (y la propia jurisprudencia) han establecido mecanismos

dirigidos a mantener el denominado «equilibrio económico del contrato», con el objetivo de evitar que, por decisiones impuestas por la Administración ("factum principis") o por riesgos imprevisibles, se produzca una sustancial alteración de las circunstancias existentes al tiempo de contratar, pudiendo llegar a reconocerse al contratista el derecho a ser compensado para alcanzar el citado equilibrio económico del contrato" (dictamen del Consejo de Estado, expediente 583/2001).

El concepto del *factum principis* se encuentra recogido en numerosos dictámenes del Consejo de Estado, que reproducen la definición del "dictamen número 3.725, de 12 de noviembre de 1948, —según el cual— existe "factum principis" cuando la Administración está vinculada con un particular y lesiona la materia económica sinalagmáticamente acordada a través de un acto propio, nacido del poder general del «imperium»" (dictamen del Consejo de Estado, expediente 31/1992).

De esta definición se desprende que el *factum principis* ha de ser imputable a la propia Administración contratante, circunstancia no concurrente en el presente caso, por lo que debe ser rechazada, en este aspecto, la solicitud de "... S.L.U." Ésta pretende que el supuesto aquí analizado se califique como *factum principis* por analogía, dadas sus semejanzas con los supuestos contemplados en ciertas sentencias del Tribunal Supremo relativas al encarecimiento desorbitado del precio de carburantes y de ligantes asfálticos. "La analogía del supuesto con el caso que aquí se trata es considerable —dice la concesionaria—, en efecto, aquí no se ha modificado el objeto contractual ni se ha decidido administrativamente una subida del precio de los derivados del petróleo, pero sí ha realizado una actuación ("laudo obligatorio") a instancia de la Mancomunidad, a fin de evitar la paralización del servicio público concedido" (página 6 del expediente).

Sin embargo, aun habiendo solicitado la Mancomunidad el inicio del procedimiento arbitral, no se puede decir que sea ella la que ha acordado la emisión del laudo ni que sea la autora del laudo mismo. Por tanto, no cabe hablar de *factum principis*, porque las circunstancias que se alegan como

fundamento de la revisión contractual no consisten en un acto de la Administración contratante.

En este sentido se puede citar, como bien hace la Asesoría Jurídica de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, el dictamen del Consejo de Estado de 31 de octubre de 2002 (expediente 1.598/202), según el cual del *factum principis* “se excluye el supuesto de que la actuación de la Administración haya venido determinada por circunstancias ajenas a su poder de decisión, en cuyo caso no concurrirá un *factum principis*, sino una mera alteración del equilibrio económico-financiero del contrato por causas ajenas a la voluntad de las partes (dictámenes del Consejo de Estado números 31/92 y 32/92, anteriormente citados)”.

Ello no quiere decir que quede definitivamente rechazada la posibilidad de reconocer a “... S.L.U.” el derecho a una compensación por las pérdidas sufridas a causa de las huelgas padecidas a comienzos del año 2004, pues como recuerda el TSJ de Castilla-La Mancha (sentencia 706/2001, de 23 de octubre de 2001), con cita de jurisprudencia suprema, existen otras técnicas para limitar el riesgo que está obligado a asumir del concesionario:

“La consolidada doctrina del Tribunal Supremo sobre el *ius variandi* (ver por ejemplo la sentencia de 24 de diciembre de 1997), de acuerdo con la cual el riesgo que asume el contratista de que a lo largo de la ejecución del contrato ésta resulte más gravosa “no incluye las alteraciones que sean debidas al ejercicio por la Administración de su *ius variandi*, que han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas”, o el derecho del contratista a ser indemnizado en los casos de fuerza mayor, junto al resto de técnicas que la Ley de Contratos establece en favor del contratista para preservar el equilibrio financiero del contrato (revisión de precios, riesgo imprevisible, *factum principis*) matizan el principio de riesgo y ventura y sitúan al contratista de la Administración en una posición distinta a la surgida de las relaciones de Derecho privado (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 14-2-1986, de 17-7-1991 y de 29-6-1990). En efecto, la contratación administrativa tiene como finalidad la satisfacción de intereses públicos. El fin público prevalece sobre el objeto del contrato, lo que se traduce tanto en una serie de prerrogativas de la Administración como en unas garantías específicas del contratista administrativo.”

De todas ellas, interesa en este momento el estudio de los supuestos de riesgo imprevisible.

C) *Riesgo imprevisible y equilibrio económico de la prestación*

a) En general

Existe una antigua doctrina, no alterada por las modificaciones legislativas y reglamentarias que han configurado el régimen jurídico vigente de la contratación administrativa, que admite el derecho del contratista a la modificación de las condiciones pactadas cuando se alteran gravemente las circunstancias que propiciaron la prestación del consentimiento contractual. El dictamen del Consejo de Estado de 15 de abril de 2004 (expediente 662/2004) pone de relieve que se trata de una doctrina consolidada por su constante aplicación desde tiempo remoto:

“Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula "rebus sic stantibus"). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual ("bouleversement", decía el Consejo de Estado francés en su arrêt de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración ("factum principis"), bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta el dictamen de 14 de mayo de 1987 (expediente número 50.226), el Consejo de Estado ha señalado 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 y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente.

Por lo demás, éste ha sido el criterio sentado por este Cuerpo Consultivo en diversos dictámenes emitidos con relación a consultas de naturaleza análoga (por todos, los dictámenes núms. 1.528/2002, 1.521/2003, 3.205/2003 y 3.485/203).”

El Tribunal Supremo también considera exigencia de buena fe, propia de todo tipo de contratos, la necesidad de que la Administración asuma ciertos riesgos que no han podido ser previstos en el momento en que se adquirieron los compromisos contractuales. Así, la STS de 16 de septiembre de 1988 acepta los siguientes fundamentos de la sentencia apelada (SAN 24 de junio de 1986):

“3.º) El artículo 46 de la Ley de Contratos del Estado (que proclama que la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista) no puede ser atendido en el sentido de que -a salvo los casos de fuerza mayor definidos en la propia Ley con «*numerus clausus*»- el contratista deba siempre responder o pechar aun de los sucesos más imprevisibles y que causen los mayores desequilibrios. Tal conclusión sería contraria al principio de la buena fe, que juega en el ámbito general del Derecho (artículo 7-1 del Código Civil) y en el campo específico de los contratos (artículo 1258 del mismo), y aun contraria, sencillamente al propio valor de la Justicia que está proclamada como valor superior del Estado en el artículo 1-1 de la Constitución en tanto en cuanto sería injusto que fueran los contratistas -por el mero hecho de serlo- los que soportaran exclusivamente (y no toda la comunidad) las pérdidas imprevisibles que pudieran originarse en la realización de obras o en la prestación de servicios dirigidos precisamente a una mejor satisfacción del interés general. La admisión de la cláusula «*rebus sic stantibus*» para aquellos casos en que «unas alteraciones económicas extraordinarias afecten gravemente a la economía del contratista» (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1979), y técnica indispensable para tales casos extremos si se quieren salvaguardar los principios de Justicia y buena fe...”

Por consiguiente, pueden entenderse no derogados —por no ser contrarios a lo establecido en la TRLCAP (cfr. disposición derogatoria del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 15 de junio, por el que se aprueba el TRLCP), ni al Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (cfr. disposición derogatoria única del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el citado reglamento)— el artículo 127 del RSCL, que establece que la corporación

concedente revisará las tarifas y subvención cuando, aun sin mediar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinaren, en cualquier sentido, la ruptura de la economía de la concesión, así como el artículo 128 del mismo reglamento que establece el derecho del concesionario a obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en se produzcan dichas circunstancias sobrevenidas e imprevisibles. La normativa foral no dispone nada que se oponga a la aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, por lo que también hay que considerarla vigente en Navarra.

El concepto de riesgo imprevisible es estricto y no puede ser utilizado para disfrazar alteraciones contractuales que desplacen hacia la Administración el riesgo normal del contrato que, como hemos dicho, ha de ser asumido por el concesionario. La jurisprudencia exige que, “en el caso del riesgo imprevisible, la ruptura del equilibrio económico financiero de la concesión habrá de deberse a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas. Por otra parte, siempre según la jurisprudencia, la cláusula *rebus sic stantibus* se aplica cuando la imprevisibilidad de las alteraciones se acredite de forma contundente y decisiva.” (STS de 2 de junio de 2005).

De nuevo conviene citar al Consejo de Estado, que condensa cuanto acabamos de decir en el siguiente texto, tomado del dictamen de 14 de mayo de 1998 (expediente 99/1998):

“La regla esencial en la contratación administrativa es que "la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista" (artículos 46 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 y 99 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas). Ello significa que el contratista asume, con carácter general, las consecuencias derivadas de todos los riesgos, salvo en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico prevea la cooperación, a estos efectos, de la propia Administración contratante (caso, por ejemplo, de la fuerza mayor, de la revisión de precios o de la doctrina del riesgo imprevisible) con el objeto de restaurar el equilibrio de la relación contractual. Por tanto, la mayor onerosidad de las obras, por causas imprevisibles no imputables a la Administración, debe soportarlas, en principio y con carácter general, el contratista cuando

no opera ninguno de los límites al principio de riesgo y ventura enunciados.

Considera, sin embargo, el Consejo de Estado que cuando las previsiones contractuales ordinarias devienen ineficaces debido a la concurrencia de acontecimientos extraordinarios, ajenos a la voluntad de las partes contratantes, y que, a su vez, suponen una ruptura de la ecuación financiera del contrato, como sucede en el caso ahora contemplado, es posible que pueda resultar aplicable excepcionalmente la denominada doctrina de la "imprevisión" o del "riesgo imprevisible". La doctrina del riesgo imprevisible así formulada ha sido incorporada al ordenamiento jurídico patrio a través de la legislación de Régimen Local. Los artículos 127 a 129, ambos inclusive, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales garantizan el equilibrio financiero de la concesión, y declaran expresamente el derecho del concesionario a "obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquiera de las circunstancias a que se refieren los números 2, 3 y 4 del párrafo segundo del artículo 2", considerándose como tales, entre otros, los casos de "circunstancias sobrevenidas e imprevisibles" (artículo 127.2, apartado b/) que hayan dado lugar a una verdadera "subversión de la economía de la concesión" (artículo 128.1.1º). Por ello, cuando las técnicas de restauración del equilibrio económico del contrato no pueden lograr su finalidad, parece conforme a su espíritu, remediar, por aplicación de aquella doctrina, el desequilibrio sobrevenido, y cubrir los gastos no cubiertos por otros medios. La doctrina así expresada es aplicable, a los efectos del presente dictamen, al contrato administrativo de obra.

Según afirma el dictamen de este Cuerpo Consultivo núm. 50.226, de 14 de mayo de 1987, "no puede confundirse el riesgo o alza que normalmente corre a cargo del contratista y el fenómeno de nuevos elementos de hecho, extraños al contrato, que afectan a la relación contractual y alteran su curso normal. En este último caso el riesgo no debe pesar sobre el contratista a todo evento, estando previstos los supuestos de resolución, indemnización y exoneración de responsabilidad que, sin merma del interés público, restablecen el equilibrio económico".

En sentido parecido, la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1976) ha entendido que no puede aplicarse el principio de riesgo y ventura si la mayor onerosidad derivada de la ejecución del contrato ha sido provocada por la Administración al contravenir el contrato o por acto extracontractual. En ambos casos se ha de indemnizar al contratista.

Conviene precisar, sin embargo, que la aplicación de la "doctrina de la imprevisión", exige, por su misma naturaleza, de cautelas especiales y de una interpretación estricta que evite efectos expansivos no deseados. La teoría de la imprevisión no está concebida como una garantía del beneficio del contratista, ni como un sistema de aseguramiento que cubra las posibles pérdidas a que puede dar lugar normalmente la ejecución de una obra pública o la prestación de un servicio público, sino como un mecanismo capaz -según proclama la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal de 11 de julio de 1978 y 21 de octubre y 13 de noviembre de 1980)- de asegurar el fin público de la obra o servicio en circunstancias normales. En otro caso, se desvirtuaría su esencia, convirtiéndola en una cláusula general no escrita, pero aplicable en todo caso a todo contrato a modo de una "*conditio sine causa generalis*". Esta consecuencia pugnaría, además, con la regla del riesgo y ventura propia de los contratos administrativos, así como con la misma razón de ser de la doctrina de la imprevisión, que no es otra sino la de evitar conclusiones radicalmente injustas que se pudieran seguir de una aplicación literalista de la Ley, o de las cláusulas contractuales, que vienen a ser Ley entre las partes contratantes, según resulta de los términos del artículo 1.091 del Código Civil.

Por todo ello, de modo excepcional y solo cuando la alteración fuera imprevisible y sea lo suficientemente importante como para romper el equilibrio económico-financiero del contrato resultaría admisible la teoría de la imprevisión."

b) En el contrato de concesión de servicios públicos

Cuanto acabamos de decir, aplicable con carácter general a la contratación administrativa, es susceptible de algunas precisiones y matices cuando se trata de contratos de gestión de servicios públicos, como es el caso que aquí nos ocupa. En el contrato de concesión de servicios públicos el principio de riesgo y ventura ha de ser coordinado con el interés general en la prestación adecuada del servicio, lo que determina que la excepcionalidad predicada del riesgo imprevisible haya de ser asumida en este campo sin tanta rigidez como en otros tipos de contrato administrativo.

En efecto, en la concesión de la gestión de servicios públicos no sólo están presentes los intereses de dos partes contratantes, sino que han de tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los usuarios del servicio y el propio interés público en que el servicio se preste

adecuadamente. En este contrato de tracto sucesivo, ha de impedirse, en la medida de lo posible, que la alteración de las circunstancias afecte a los usuarios de los servicios y a la calidad de la prestación, debiendo anteponerse éste objetivo a los contrapuestos intereses económicos de las partes contratantes. En estos casos deben mitigarse las exigencias del principio de riesgo y ventura para asegurar la correcta prestación del servicio mediante una justa concurrencia de la Administración —titular y responsable, no se olvide, del servicio público— a la cobertura de riesgos que no se tuvieron en cuenta en el momento de la contratación y cuya derivación sobre el contratista podría poner en peligro el correcto funcionamiento de los servicios públicos.

Esta doctrina está amparada por decisiones jurisprudenciales que priman la idea de asegurar la gestión del servicio público frente a la simple defensa del cumplimiento del contrato en sus términos estrictos. La rigidez del contrato se sustituye, en este ámbito, por la flexibilidad en aras de la defensa del servicio. La STS de 2 de diciembre de 1988, con invocación de la doctrina y jurisprudencia francesas y la reiterada postura de la propia Sala, dice lo siguiente:

“TERCERO. - Puesto que el párrafo introductorio del citado art. 19 hace una expresa remisión al principio tradicional del «riesgo y ventura», será de recordar que dicho principio -art. 57 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales- así como la regla de la inalterabilidad de los contratos -art. 51 del mismo Reglamento- sufren importantísimas atenuaciones en el campo de la concesión de servicios públicos. La doctrina y la jurisprudencia francesas, frecuentemente citadas a este respecto por esta Sala -así, Sentencias de 24 de abril de 1985 y 20 de diciembre de 1986-, han venido destacando que, ante todo, aquella concesión está dominada por un criterio fundamental: mantener la continuidad de la prestación del servicio público.

Y así, cuando no se sostiene «la honesta equivalencia entre lo que se da al concesionario y lo que se le exige», para evitar el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, será preciso restablecer el equilibrio financiero de la concesión. Con ello la concepción de la rigidez del contrato -o del pliego de condiciones- ha sido sustituida por la de la flexibilidad del contrato. Es además una exigencia de la lealtad y buena fe que deben inspirar con especial

intensidad las relaciones de colaboración entre la Administración y el concesionario.

En definitiva, el interés público de la continuidad del servicio prevalece sobre la doctrina clásica de la inalterabilidad del contrato. No deja de ser sintomático que, en lo que ahora importa, haya sido el Reglamento de «Servicios» el que haya consagrado claramente esta flexibilización del contrato -arts. 126.2b), 127.2.2.º y 128.3.2.º- frente a la inalterabilidad que le atribuye el Reglamento de «Contratación» -art. 51-.”

En el mismo sentido pueden consultarse otras sentencias, algunas citadas en la que acabamos de transcribir. Mencionemos, además, la de 20 de 14 de febrero de 1986, por haber sido citada en uno de los informes jurídicos que ha aportado “... S.L.U.” con sus alegaciones:

“Segundo.- El fundamento de la primera de las pretensiones actuadas por la expresada mercantil radica, a tenor de lo expuesto en el escrito de alegaciones en la distinción de dos figuras con alguna semejanza, cuales son el contrato administrativo y la concesión, pues aunque es cierto que el párrafo primero del artículo 116 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales establece la aplicabilidad subsidiaria del Reglamento de Contratación de tales Entidades y que, normalmente, el otorgamiento de una concesión reviste los caracteres externos de un contrato administrativo, no todas las normas de éstos son aplicables en el ámbito de las concesiones y así, mientras los contratos responden al principio de riesgo y ventura, que recoge expresamente el artículo 57 del segundo de los Reglamentos citados, tal principio no es aplicable a la esfera de las concesiones, ya que para éstas el principio aplicable es el del equilibrio financiero de la concesión, concretamente recogido por los artículos 126 y 127 del Reglamento de Servicios, determinando el párrafo tercero del artículo 18 de la Ley de 23 de julio de 1966, que «las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate», salvo que circunstancias especiales aconsejaren mantener precios políticos que, en su caso, deberán ser autorizados por el Gobierno de la Nación, a propuesta del Gobernador Civil competente; y tal argumentación debe ser acogida en la forma y términos que apunta el segundo considerando de la sentencia apelada en la extensión necesaria para incluir en la nueva tarifa no sólo los incrementos de gastos derivados de distintos aumentos de precios y salarios sino también del porcentaje de beneficios pertinente, para sostener la rentabilidad de la concesión, particular al que expresamente se refiere el apartado b), del párrafo segundo, del artículo 126 del Reglamento de

Servicios de las Corporaciones Locales, concretando que él debe ser el normal aplicable al caso...”

Estimamos necesario reproducir también una sentencia más reciente que, a primera vista, parece rectificar la doctrina tradicional. Nos referimos a la STS de 2 de junio de 2005 que se pronuncia de forma semejante a lo que acabamos de exponer y declara la preferencia del aseguramiento de la gestión del servicio, pero lo hace en unos términos que podrían suscitar dudas sobre la ya expuesta doctrina del riesgo imprevisible.

“La jurisprudencia acepta la aplicación a los contratos de la teoría del riesgo imprevisible, pero fuera de los supuestos de ejercicio del *ius variandi* y del *factum principis*, en los demás casos el restablecimiento del equilibrio económico financiero tras haberse producido hechos imprevisibles se basa sobre todo en la necesidad o conveniencia de asegurar la gestión del servicio Público, y cuando ésta no se encuentra en riesgo rige el principio de riesgo y ventura del contratista.

Solo después de la exposición anterior el Tribunal *a quo* se pronuncia sobre si se dan los requisitos del riesgo imprevisible y los necesarios para aplicar al caso estudiado la cláusula *rebus sic stantibus*. El Tribunal Superior de Justicia da a ambas cuestiones una respuesta negativa. Para ello se apoya inicialmente en la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, según la cual en el caso del riesgo imprevisible la ruptura del equilibrio económico financiero de la concesión habrá de deberse a circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias, anormales, imprevistas y profundas. Por otra parte, siempre según la jurisprudencia, la cláusula *rebus sic stantibus* se aplica cuando la imprevisibilidad de las alteraciones se acredite de forma contundente y decisiva.”

Del texto literal de la sentencia parece deducirse una sutil alteración de la tesis tradicionalmente mantenida y que se resume, de un lado, en limitar el principio general de riesgo y ventura cuando concurren circunstancias imprevisibles en cualquier tipo de contratos y, de otro lado, en dar preferencia al servicio sobre el contrato en el caso de concesiones de servicios públicos. En efecto, la literalidad de la sentencia últimamente citada parece dar a entender que cuando la gestión del servicio público no está en riesgo rige sin excepción el principio de riesgo y ventura. Sin embargo entendemos que no es éste el sentido de la sentencia y sólo

descontextualizando el texto reproducido puede llegarse a semejante conclusión.

En la sentencia se discute el problema planteado a una empresa por la variación sustancial del mercado arrendaticio en Sevilla tras la terminación de la Exposición Universal de 1992. Era una empresa que estaba obligada a pagar un canon por la concesión de una parcela en la zona de servicio del Puerto de Sevilla, para la construcción y explotación de un edificio destinado a oficinas, locales comerciales y aparcamientos. No se trataba, pues, de un servicio público, sino de un negocio privado que, según parece, se había vuelto ruinoso tras la clausura de la Exposición Universal. El concesionario alegaba que su caso no era un contrato típico “puesto que no se está ante una obra Pública, ni ante un servicio ni suministro, si bien el negocio jurídico celebrado se asemeja a un contrato de gestión de servicio Público de tracto sucesivo. Se mantenía por la empresa demandante que a estos contratos se aplica el principio según el cual el contratista tiene derecho a que se mantenga el equilibrio económico-financiero de la concesión.”

A la vista de ello es claro que la postura de la sentencia citada es la misma que se ha defendido siempre por la jurisprudencia pues, de no ser así, no hubiera sido necesario analizar si se había producido un riesgo imprevisible, ya que es obvio que no se trataba de un servicio público.

Expuestos, por tanto, los fundamentos jurídicos que han de iluminar la respuesta que merece el problema suscitado, pasaremos a examinar seguidamente las circunstancias del caso para determinar cómo deben ser subsumidas en los preceptos que constituyen el Derecho vigente.

D) Las condiciones en que se pactó la prestación del servicio de transporte y la imprevisibilidad del laudo

Para dar una respuesta jurídica al caso planteado es necesario considerar dos circunstancias distintas que influyen en la solución final: de un lado, qué elementos se tuvieron en cuenta para establecer el sinalagma contractual; de otra parte, si el laudo arbitral era o no una circunstancia previsible. Las analizaremos en orden inverso.

a) La imprevisibilidad del laudo

Uno de los aspectos en que se ha centrado la contraposición dialéctica entre la solicitud de "... S.L.U." y los informes emitidos por los técnicos de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona es el de la previsibilidad o imprevisibilidad de las circunstancias que han provocado el supuesto desequilibrio económico de la concesión.

Por una parte se defiende que el laudo arbitral de obligado cumplimiento es un cauce normal de resolución de conflictos laborales cuando se dan los supuestos legalmente establecidos para su aplicación. Así lo entiende la Asesoría Jurídica de la Mancomunidad, que cita la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró conforme con el derecho de huelga y con el principio de autonomía colectiva en el marco de las relaciones laborales la imposición de soluciones arbitrales para resolver el fracaso de la negociación colectiva cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad (STC 11/1981, de 8 de abril).

Habiendo equiparado el laudo con la negociación colectiva, como instrumentos ordinarios ambos para resolver los conflictos entre empresa y trabajadores, no es difícil trasladar a nuestro caso la jurisprudencia sobre la calificación que merecen los convenios colectivos desde la perspectiva de la contratación administrativa. Un convenio colectivo no es una circunstancia imprevisible, sino el devenir normal de la empresa. Así lo ha expresado la jurisprudencia que la Asesoría Jurídica de la Mancomunidad traslada a nuestro caso:

“El incremento que puedan experimentar los costes de mano de obra como consecuencia de un convenio colectivo no constituye un supuesto de «ius variandi», al ser algo ajeno a la voluntad de la Administración contratante.

Tampoco es un hecho imprevisible para el contratista, ya que la periódica negociación colectiva es una incidencia normal en la dinámica de las relaciones laborales.

Y buena prueba de esa previsibilidad en el caso enjuiciado es que, como se desprende de lo expresado en la sentencia recurrida, estaba estipulada una actualización en función del Convenio Colectivo vigente en cada momento, y se estableció un tope máximo para esa actualización; es decir, estaba contractualmente previsto el incremento que pudieran experimentar los costes de mano de obra a causa de futuros Convenios Colectivos, y también que ese incremento pudiera ser superior al IPC, pero, a pesar de esta última previsión, en el contrato se estipuló que el Ayuntamiento no asumiría la totalidad del incremento sino sólo hasta el límite del IPC.

Lo que acaba de señalarse hace que ese incremento, por encima del IPC, no sea algo ajeno a las bases que los contratantes tuvieron presentes cuando perfeccionaron su vínculo contractual; y tampoco tiene encaje en los supuestos, contemplados en el artículo 127.2.2º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales -RCCL-, que generan en la Corporación local el deber de adoptar medidas dirigidas a mantener el equilibrio financiero de la concesión.

Por tanto, el incremento que pudieran experimentar los costes de la mano de obra, más allá de la actualización estipulada, debe ser considerado inmerso en el normal marco de operatividad del principio de riesgo y ventura (art. 57 del RCCL; en relación con el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado, Texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril), y, en consecuencia, como algo que en principio debe ser asumido por el contratista.”

No podemos, sin embargo, aceptar estas conclusiones porque una cosa es que el laudo sea un instrumento legalmente válido para resolver un conflicto colectivo y otra distinta que se trate de un cauce ordinario que deba ser previsto en el momento de suscribir el contrato administrativo. El acuerdo en la negociación colectiva es fruto de una decisión del empresario que, al adoptarla, asume la responsabilidad sobre sus consecuencias. El contrato de gestión del servicio público exige que el empresario responda de su administración (“únicamente cabrá compensar a la concesionaria cuando las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles concurran mediando una buena y ordenada administración de la concesión”, dice el artículo 34 del pliego), por lo que el acuerdo en la negociación colectiva (al que en absoluto es equiparable el preacuerdo de 16 de enero de 2004) no dará lugar a compensaciones porque o no rompe el equilibrio del negocio o, si lo rompe, el empresario ha incumplido su obligación de administrar ordenadamente.

Muy distinto es el caso del laudo arbitral impuesto por decisión gubernativa. Se trata, en principio, de un mecanismo de solución del conflicto que sólo puede ser utilizado cuando concurren circunstancias extraordinarias que, como tales, no encajan dentro de lo normalmente previsible. Tanto el escrito de 22 de abril de 2004, en el que la Mancomunidad solicitó el laudo de obligado cumplimiento, como la exposición de motivos del Acuerdo del Gobierno de Navarra por el que se determinó la intervención administrativa son suficientemente demostrativos de las circunstancias excepcionales y ajenas a la voluntad del empresario, que concurren en aquellas fechas.

De una parte, en el texto del escrito de la Mancomunidad (reproducido en el informe de su Asesoría Jurídica) se dice:

“Que se dan las circunstancias excepcionales para adoptar una medida de carácter excepcional, en la que se debe valorar:

1. La duración de la huelga: indefinida, en este momento y precedida de la que tuvo lugar los días 25, 26, 29, 30 y 31 de Marzo y los días 1, 2, 5, 6 y 7 de Abril, de 12,00 horas hasta las 16:00 horas (horas de máxima afluencia de viajeros).

2. Las consecuencias de la huelga: La primera de ellas y principal la vulneración del derecho constitucional al libre desplazamiento y circulación que a su vez es un medio necesario para garantizar otros derechos fundamentales como son la salud, la enseñanza, y el trabajo. Alrededor de 90.000 viajeros diarios son las víctimas de esta huelga, la mayoría de los cuales tienen al transporte urbano como única alternativa para sus desplazamientos obligatorios, sin que exista precedente similar de vulneración de los derechos de los ciudadanos a la prestación de los servicios públicos en la Comunidad Foral.

A ello debemos añadir los incidentes diarios que se están produciendo, así como los cuantiosos daños en los vehículos que han impedido la prestación del servicio y daños en diferentes bienes afectos al servicio público.

Señalar por último que la disminución de ingresos afectos al servicio ha supuesto, en la primera de las convocatorias de huelga. 87.000 € y supone una media de 37.000 € por cada día de esta segunda huelga total e indefinida.

3. Las posiciones de las partes: Las divergencias de las partes han quedado patentes en todo el proceso negociador. A ello se añade el especial condicionamiento, en lo que se refiere a. aspectos económicos de la negociación de la empresa, sometida a. un régimen de concesión administrativa en el que no cabe una mayor aportación para cubrir su déficit por las Administraciones Públicas ni una subida de las tarifas que pagan los usuarios del transporte urbano.

Los trabajadores han acordado el incumplimiento de los servicios mínimos. La ilícita decisión de los trabajadores de no cumplir los servicios mínimos, esta suponiendo un claro secuestro de la movilidad de los ciudadanos de esta Comarca, que se encuentran con una media de 7:30 horas sin servicio alguno y el resto del día con un servicio tan irregular que en la práctica esta impidiendo la utilización de este transporte, haciéndolo inservible a todos aquellos usuarios que están sometidos a un horario.

4. Un gran perjuicio para la economía: es evidente que cada día de huelga genera una serie de perjuicios económicos directos e indirectos, no solamente a los ciudadanos que habitualmente utilizan este servicio público, sino que afecta a todo el entorno comercial, industrial y de servicios de la Comarca de Pamplona.”

Del mismo modo, podemos leer en el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 26 de abril de 2004 (aportado por “... S.L.U.” con sus alegaciones de 10 de abril de 2006) lo siguiente:

“El 12 de marzo de 2004 se presentó ante el Departamento de Industria y Tecnología, Comercio y Trabajo el acuerdo del Comité de la Empresa “... S.L.L.” sobre declaración de huelga para los días 25, 26, 29, 30 y 31 de marzo, y 1, 2, 5, 7 y 7 de abril de 2004, con un desarrollo horario entre las 12 y las 16 horas. Así mismo el día “ de abril se presentó nuevo escrito del citado Comité convocando una huelga indefinida y abarcando toda la jornada laboral, a partir del 19 de abril de 2004.

La huelga afecta a todos los trabajadores de la empresa y tiene por objeto la defensa de la plataforma del convenio colectivo presentado por el Comité de Empresa, y el cumplimiento del acuerdo firmado por la empresa y el Comité el pasado día 16 de enero de 2004.

El Gobierno de Navarra, mediante los Decretos Forales 145/2004, de 22 de marzo, y 171/2004, de 15 de abril, emitidas en ambas ocasiones propuestas al respecto por parte de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, estableció los pertinentes servicios mínimos

del transporte regular urbano de viajeros de la Comarca de Pamplona, por considerar que el mismo es un servicio esencial para los ciudadanos en cuanto constituye el instrumento a través del cual se garantiza el derecho de libertad de circulación, y por lo tanto debe gozar de la máxima protección jurídica, dado el carácter ineludible en orden a preservar el derecho a traslado de trabajadores, estudiantes y otros usuarios necesitados de dicho transporte público y que no puedan hacer uso de medios de transporte alternativos, con los graves perjuicios que la no prestación del servicio supondría para los intereses generales.

Estas consideraciones justifican la calificación de tales servicios como esenciales y motivan, por tanto, la necesidad de su cobertura plena durante el desarrollo de la huelga.

En las fechas previstas en las convocatorias se ha llevado a cabo la huelga, desarrollándose actualmente de forma total y con el carácter de indefinida.

Durante el desarrollo de la misma se han venido incumpliendo de manera sistemática los servicios mínimos, afectando el paro a la totalidad del transporte urbano de toda la Comarca de Pamplona. Además, según denuncias de "... S.L.L.", pueden haberse producido actos de coacción a trabajadores de la empresa para que se sumasen a la huelga, y de sabotaje de autobuses y demás elementos materiales afectos al servicio.

Según manifiestan las partes en el conflicto las negociaciones han venido desarrollándose durante todo el año 2003, y con mayor intensidad a partir del mes de enero del año en curso, con la actuación intermediadora, de manera cronológica, del Tribunal Laboral de Navarra y de la Autoridad Laboral.

En dichas negociaciones, en concreto en las mantenidas ante la autoridad laboral, la empresa ha puesto en evidencia la imposibilidad siquiera de acercarse mínimamente a las posturas mantenidas por los trabajadores, si no es con el consentimiento o la anuencia de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona.

La Mancomunidad de la Comarca de Pamplona, responsable del servicio, ha manifestado que en los aspectos económicos de la concesión administrativa no cabe una mayor aportación para cubrir su déficit ni una subida de las tarifas que pagan los usuarios del transporte urbano.

En base a todo lo anteriormente expuesto se considera bloqueado el proceso negociador sin ninguna posibilidad de acercamiento de posturas debido al mantenimiento de las pretensiones por el Comité y a la no aceptación por la empresa de las posiciones económicas de la parte social, al no existir la posibilidad de modificar las condiciones económicas de la concesión.

El 22 de abril de 2004 el Presidente de la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona presenta un escrito ante el Departamento e Industria y Tecnología, Comercio y Trabajo en el que, además de ratificar la postura económica de la Mancomunidad ante la Concesión, solicita que se acuerde por el Gobierno de Navarra un arbitraje obligatorio para dirimir las diferencias que motivan la huelga acordada y convocada por el Comité de Empresa de "... S.L.L."

Es evidente que la prolongación de la huelga ocasiona perjuicios económicos, directos e indirectos, graves para los ciudadanos que habitualmente utilizan el servicio público y para todo el entorno comercial, industrial y de servicios de la Comarca de Pamplona. Teniendo en cuenta esta situación, una vez agotadas las medidas contempladas en el ordenamiento jurídico para la resolución del conflicto de manera negociada, y considerando que la prolongación del mismo y el desarrollo de la huelga, así como la firme postura mantenida por las partes que hace prever que no se va a solucionar el conflicto, se hace preciso adoptar la medida, prevista en el art. 10, párrafo primero, del Real Decreto Ley 17/1977 de 4 de marzo, consistente en un arbitraje obligatorio. Esta posibilidad no sólo mereció el juicio positivo respecto a su constitucionalidad en el fundamento jurídico número 19 de la sentencia del Tribunal Constitucional número 11/1981, de 8 de abril, sino que además la propia sentencia señaló que se trataba de un medio idóneo de solución posible para casos tan excepcionales como los que el precepto describe "siempre" que se garanticen las condiciones de imparcialidad del arbitro", en este caso de los árbitros.

Por ello, para la designación de los árbitros, se ha oído al Tribunal Laboral de Navarra, órgano de resolución extrajudicial de conflictos laborales.

La facultad de adoptar estas medidas está atribuida al Gobierno de Navarra, dado el ámbito territorial de la referida huelga, todo ello conforme a las competencias que le atribuye la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

Teniendo en cuenta que la huelga es indefinida, que los servicios mínimos vienen siendo sistemáticamente incumplidos, que se

considera totalmente bloqueada la negociación sin existir ninguna solución viable y que no aporta solución alguna la prolongación del conflicto que por otra parte causa un gravísimo perjuicio de toda índole a los ciudadanos de la Comarca de Pamplona y que afecta a diversos derechos constitucionales de los mismos...”

A la vista de todo ello no parece razonable calificar la situación vivida por la empresa concesionaria del transporte urbano de la comarca de Pamplona como una situación normal, ordinaria y previsible, por más que sea el laudo un procedimiento legalmente establecido para resolver conflictos como los que aquí se produjeron.

No queremos, en fin, concluir este apartado, sin hacer algún comentario sobre ciertas observaciones del informe de la Asesoría Jurídica de la Mancomunidad que tienen un aparente peso específico y no pueden ser pasadas por alto. Dice el informe que considerar el laudo como un hecho imprevisible supone primar a ... por no haber llegado a un acuerdo con sus trabajadores. Esta conclusión supondría —a juicio de la Asesoría Jurídica— “penalizar a aquellas empresas que llegan a acuerdos con sus trabajadores, ya que podrían trasladar sus consecuencias a la Administración, frente a aquéllas que, tras una huelga, y por consiguiente la repercusión negativa de la misma en el servicio y los usuarios, se verían «recompensadas» al tener que asumir la Administración las consecuencias del laudo que se dictara, lo cual sería totalmente contrario a los principios de equidad y buena fe.”

Este razonamiento no puede ser admitido porque presupone que todo aumento salarial establecido en un laudo de obligado cumplimiento es trasladable hacia la Administración titular del servicio, cosa que, como veremos, no tiene que ser así. El presupuesto de hecho de la compensación acreditada por la empresa no es el laudo, sino la ruptura del equilibrio económico de la concesión provocada por el laudo. Lo que aquí se discute es simplemente si el laudo forma parte del alea normal del contrato o si, por el contrario, es un hecho extraordinario imprevisible.

Tampoco compartimos esa concepción de la compensación económica como una recompensa a la intransigencia de las partes en conflicto porque implica una velada o indirecta acusación de planteamiento o prolongación

del conflicto por motivos espurios y fraudulentos en perjuicio de la Administración, que no nos parece que sean normales en un conflicto colectivo y que, desde luego, no apreciamos en el caso objeto de nuestro dictamen.

b) El equilibrio económico del contrato

El contrato convenido entre la Mancomunidad de la Comarca de Pamplona y "... S.L.U." establece un conjunto de prestaciones y contraprestaciones de las partes que configuran el equilibrio económico que los firmantes consideraron justo en el momento de la contratación. Cualquier alteración posterior de las circunstancias tenidas en cuenta para definir ese equilibrio se ha de considerar, en principio, como un elemento sobrevenido e imprevisto, haya sido o no previsible.

La obligación de la concesionaria (prestar el servicio en las condiciones convenidas) se compensa con la retribución económica que hemos detallado en páginas precedentes, consistente básicamente en el cobro de tarifas a los usuarios y, en su caso, una compensación económica que permita compensar los gastos que asume "... S.L.U."

Recordemos que el equilibrio se expresa en una fórmula que cuantifica la compensación a percibir, en su caso, por la concesionaria en la diferencia entre los costes soportados y los ingresos tarifarios, modulada por ciertos incentivos de gestión.

La retribución se hace depender, por tanto, de los costes operativos y de inversión que la empresa determina en su oferta económica y que, por tanto, se compromete a asumir "*rebus sic stantibus*". La concesionaria debe responder de su oferta y ello le obliga a desempeñar su labor de dirección y gestión de la empresa de forma que pueda mantener sus compromisos frente a la Mancomunidad, puesto que no podrá pedir compensación de sus gastos si éstos se elevan por no haber ejercido correctamente sus funciones de dirección.

Es preciso señalar, aunque nada se ha dicho en el expediente sobre ello, que nos encontramos ante un contrato en el que la oferta presentada por los licitadores no es propiamente de precio a cambio del servicio, sino de costes máximos del servicio que la Administración está obligada a compensar. El precio a pagar al concesionario se determina en función de los costes que concesionario y Administración han estimado que son los normales del servicio.

En el propio contrato se ha previsto también la variación ordinaria de los costes del servicio y las partes han pactado que dichas alteraciones provocarán la modificación de la prestación. El coste ofertado se ha indiciado con la evolución del nivel de precios en la forma prevista por el artículo 58 del pliego de condiciones:

“Artículo 58.- Revisión por actualización de los costes de operación ofertados

Con la finalidad de adaptar los costes de operación del servicio ofertados por el adjudicatario, precio/bus-Km útil y precio/bus-hora útil, a la normal evolución de los precios, manteniendo así el equilibrio económico del contrato, se revisarán anualmente dichos costes con arreglo a las disposiciones contenidas en este artículo.

2. La revisión, al igual que la liquidación, se realizará con periodicidad anual y los costes revisados serán de aplicación en la liquidación de cada ejercicio o año natural completo, o la parte de éste que corresponda de año en el que expire el plazo concesional en el caso de no coincidir la fecha de finalización con la del 31 de diciembre.

3. La liquidación correspondiente al periodo comprendido entre la fecha de entrada en vigor de la adjudicación y el 31 de diciembre de ese mismo año se realizará aplicando los costes de operación efectivamente ofertados por la adjudicataria, sin que sea de aplicación revisión alguna. La primera revisión será de aplicación a los costes de operación en base a los que se practicará la liquidación correspondiente al ejercicio inmediato siguiente al de la entrada en vigor de la adjudicación.

4. La revisión de los precios se realizará conforme a las fórmulas siguientes:

a) Revisión del precio por bus-kilómetro útil:

$$K_t = [a \cdot (C_t/C_o)] + [b \cdot (IPC_t/IPC_o)]$$

siendo: $a + b = 1$

y donde:

K_t : Coeficiente de revisión del precio/bus-Km útil

C : índice del carburante, es el índice de precios de combustibles y carburantes en el Estado calculado a partir de un muestreo de estaciones de servicio y publicado mensualmente por el Ministerio de Economía y Hacienda, Dirección General de Política Energética, Subdirección General de Hidrocarburos, y siendo a su vez:

C_t : Precio medio del gasóleo de automoción correspondiente al mes de diciembre inmediatamente anterior al ejercicio objeto de liquidación.

C_o : Precio medio del gasóleo de automoción correspondiente al mes de diciembre del ejercicio precedente al tomado en consideración para la determinación del C_t .

IPC : índice general del Estado, siendo a su vez:

IPC_t : El índice correspondiente al 31 de diciembre inmediatamente anterior al ejercicio objeto de liquidación.

IPC_o : El índice correspondiente al 31 de diciembre del ejercicio precedente al tomado en consideración para la determinación del C_t .

a : Peso económico relativo del factor combustible de los vehículos en el precio/bus-Km útil

b : Peso relativo del resto de factores que componen el precio/bus-Km útil

Los valores de los pesos relativos "a" y "b" serán los resultantes de la descomposición por factores del precio/Km útil ahora sujeto a revisión y aplicado en la liquidación anterior, descomposición resultante en origen de la oferta económica adjudicataria del servicio y modificada por las sucesivas actualizaciones a las que hubiera habido lugar.

b) Revisión del precio bus-hora útil:

Se aplicará un incremento igual al incremento anual del IPC en el Estado durante el ejercicio anterior al que es objeto de liquidación, es decir:

$$H_t = IPC_t / IPC_o$$

Donde H_t será el coeficiente de revisión del precio/bus-hora útil, siendo IPC_t e IPC_o los valores definidos y calculados para la revisión del precio/bus-Km útil.”

La lectura de este precepto demuestra que las partes han acordado el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión referenciando los costes operativos ofertados por la concesionaria a la alteración normal de las circunstancias influyentes en los costes iniciales, esto es, adaptándolos a la variación general de los índices de precios de carburantes e índices de precios al consumo.

Fuera o no previsible la reivindicación laboral de equiparación salarial de los dos grupos de trabajadores que se integraron en la nueva empresa, lo cierto es que las partes contratantes no consideraron esa circunstancia en el contrato y de ahí que la equiparación impuesta por decisión administrativa de obligado cumplimiento y causante de un desequilibrio económico que ponga en riesgo la adecuada prestación del servicio deba ser compensada por la Administración a la luz de la legislación y jurisprudencia más arriba citada.

E) La cuantía del desequilibrio y de la compensación

El importe del desequilibrio económico causado por el laudo arbitral es relevante desde dos puntos de vista: A) Como presupuesto de hecho determinante de la existencia o inexistencia del derecho a la compensación. B) Como referencia para conocer la cuantía de la compensación en caso de que resulte procedente.

a) El incremento de costes laborales

Como hemos señalado más atrás no todo desequilibrio económico motivado por circunstancias imprevisibles o imprevistas es trasladable a la Administración. Con carácter general se exige que el desequilibrio producido

por acontecimientos imprevisibles sea de una magnitud importante. La cláusula *rebus sic stantibus* sólo se puede invocar ante “alteraciones económicas extraordinarias que afecten gravemente a la economía del contratista” (STS de 12 de diciembre de 1979). El riesgo indemnizable no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que desbarata completamente el equilibrio del contrato (dictamen del Consejo de Estado de 15 de abril de 2004, expediente 662/2004).

Ello nos obliga a entrar en un aspecto hasta ahora inabordable, que ha de concretarse a la vista de dictámenes periciales de expertos que evalúen la incidencia que ha tenido en laudito en los costes la empresa. Para pronunciarnos al respecto nosotros contamos con varias opiniones contenidas en informes que han sido incorporados al expediente, que no llegan a conclusiones unánimes. Como no es nuestra misión emitir parecer sobre cuestiones técnicas, tenemos que hacer desde ahora la salvedad de que cuanto digamos al respecto está condicionado a la exactitud de las premisas fácticas extraídas de las pericias obrantes en el expediente.

Tenemos, en primer lugar, un informe emitido por un letrado y una graduada social de la empresa “...”, que llega a las siguientes conclusiones:

- La integración de los trabajadores de la empresa ..., S.L.L., empresa que ve resuelta su concesión, dentro de la plantilla de ..., S.L.L., es una sucesión de empresa conforme lo estipulado en el artículo núm. 44 del Estatuto de los Trabajadores.

- Consecuentemente, la nueva adjudicataria única se subrogó en las relaciones laborales vigentes a la fecha de la sucesión en la empresa, S.L.L., por lo que en aplicación de la normativa legal y comunitaria, dichas relaciones no se extinguieron continuando vigentes en las mismas condiciones que regían con anterioridad al hecho determinante de la sucesión.

- Respecto la normativa convencional de aplicación, los trabajadores que habían pertenecido a, S.L.L., se encontraban incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de empresa suscrito en el año 2001, y el resto de la plantilla por el correspondiente al Sector de Transporte de Viajeros por carretera, vigente para los años 2001 a 2003, ambos inclusive.

- Los salarios abonados en el año 2003 se consideran correctos, conforme lo expresamente estipulado en el pacto 2° del Acuerdo de 16 de enero de 2004, suscrito por la Dirección de la Empresa y la representación legal de los trabajadores, y en los términos allí recogidos.

- El Laudo de 30 de abril de 2004, amén de determinar un nuevo marco convencional único para los dos colectivos de trabajadores en razón de su empresa de origen integrantes de la plantilla de ..., S.L.L., implica la inaplicación de los convenios colectivos anteriormente vigentes desde el 1 de enero de 2004.

- El incremento de costes laborales que supone la aplicación del referido laudo, en opinión de los peritos responsables del presente informe, se concreta en los siguientes términos:

Porcentaje de incremento de la retribución media por trabajador en términos anuales: 0,85 %.

Porcentaje de incremento del coste hora de trabajo: 0,85 %.”

Es preciso anotar que el informe de “...” está sometido a ciertas restricciones, que los propios firmantes del mismo efectúan en las páginas 23 y siguientes, consistentes, en primer lugar, en que han comparado costes reales correspondientes a los meses de diciembre de 2003 y mayo de 2004, conforme a los listados y recibos salariales de dichos periodos. En segundo término, estiman que las comparaciones de costes reales no determinan resultados fiables para determinar el porcentaje de incremento provocado por el laudo, dado que los términos de comparación no son idénticos por la existencias de nuevas incorporaciones, modificaciones de jornada, suspensiones de contrato, embargos, etc.; por este motivo han realizado un análisis comparativo considerando que en ambos periodos existía el mismo número de trabajadores, con igual jornada en ambos periodos, tomando los datos salariales reales, tanto fijos como variables, de cada mes. En tercer lugar, los totales mensuales han sido elevados al año, incorporando la prorrata correspondiente a las pagas extraordinarias en aquellos trabajadores que no la percibían prorrateada junto con la mensualidad ordinaria, considerando —en caso de no disponer del dato— que se abonaba prorrateada.

Hay un segundo informe pericial, emitido por un economista que llega a las siguientes conclusiones:

“A.- Entiendo que la aplicación del Laudo Arbitral ha representado para ... un coste adicional de 2.488.274,88 € en el ejercicio 2004 conforme al siguiente detalle:

1. Por salarios y Seguridad Social, incluyendo en este apartado los costos que representa la aplicación de lo dispuesto en los artículos 15º (una tercera parte de la equiparación salarial), 5º, 17º, 18º, 19º y 25º del Laudo y sin incluir el resultado de la aplicación de las Disposiciones Adicional y Derogatoria del mismo 1.884.171,13 €

2. Por salarios y Seguridad Social derivados del reconocimiento de derechos que resultan de la sentencia firme recaída en el procedimiento nº 246/2003 del Juzgado de lo Social nº 3 346.272,84 €

3. Por salarios y Seguridad Social del grupo de 11 trabajadores mencionados en el apartado 1,3 de este dictamen 88.450,52 €

4. Por conceptos extrasalariales, incluyendo entre ellos el coste del Plus de San Fermín (art. 22º), Plus de Navidad (art. 23º), Seguro de Accidentes (art. 29º), renovación de permisos de conducir (art. 32º) y plan de formación (art. 40º) 169.380,39 €

Total..... 2.488.274,88 €

B.- Considero que el Laudo Arbitral no ha representado en 2.004 un extracoste derivado de su artículo 30º (Reconocimientos Médicos), porque no se originó el gasto por incumplimiento de la empresa.

C.- No he valorado los costes de las contingencias que pueden resultar de la posible aplicación de las Disposiciones Adicional y Derogatoria del Laudo Arbitral respecto a un considerable número de demandas individuales que se encuentran en tramitación ante distintos Juzgados de lo Social que pueden afectar a "salarios de tablas" y "antigüedad", pero si fueran resueltos a favor de los trabajadores, deberían valorarse e incluirse como mayor coste derivado de la aplicación del Laudo.

D.- Tampoco he valorado las consecuencias económicas que pudieran derivarse del procedimiento nº 838/2005 seguido en el Juzgado de lo Social no 3 por los sindicatos ..., ..., ... y ... sobre conflicto colectivo en el que solicitan la declaración de nulidad del Escalón O establecido por el art. 15 del Laudo Arbitral. La estimación de la demanda por el órgano judicial supondría modificar al alza "salarios de tablas" y por tanto un coste significativo que no he valorado. El juicio se celebró ayer, catorce de febrero de 2006, no habiéndose dictado sentencia. Acompaño como Anexo V cédula de citación a juicio y demanda.”

Este segundo informe se ha realizado a partir de la contabilidad auditada de los años 2003 y 2004 y las bases de datos de nóminas proporcionadas por la asesoría laboral encargada de su realización, así como otros documentos extracontables y diversos procedimientos judiciales. Para el perito, no existen variaciones significativas en la composición de la plantilla entre uno y otro periodo ni en otras circunstancias que pudieran alterar el resultado.

Son tan dispares las consecuencias que se derivan de ambos dictámenes periciales que resulta difícil emitir un juicio basado en ellos. El primero cuantifica el incremento de la retribución media por trabajador en términos anuales, así como el incremento del coste de la hora de trabajo en un 0,85 %. Sobre unos costes laborales de 2003 de 10.981.285,01 €—cifra que el segundo informe dice haber extraído de la contabilidad auditada de 2003—, el porcentaje de aumento calculado por “...” representaría una elevación de costes, en términos absolutos, de 93.340,92 €. En cambio, el informe del economista estima el incremento de costes laborales provocado por el laudo en 2.488.274,88 €.

Ante divergencias de tal calibre no nos corresponde optar entre un resultado u otro ni expresar una opinión dirimente, sino tomar los informes como dos hipótesis alternativas de trabajo.

Habida cuenta que “... S.L.U.” terminó el ejercicio con 2003 unos fondos propios de 948.413 €, una cifra de negocios de 14.970.386 €, una subvención de 2.444.597 y unas pérdidas antes de impuestos de 1.087.750 €, consideramos que el desequilibrio determinado por el informe de “...” no

es relevante y, por tanto, no origina derecho a compensación a favor de “... S.L.U.”

Otra respuesta merece, por el contrario, el desequilibrio estimado por el segundo informe, puesto que el mismo representa casi tres veces el valor de los fondos propios de la sociedad y casi una quinta parte de su volumen de negocio.

En este segundo caso hay que afirmar que “... S.L.U.” tiene derecho a que se compense el desequilibrio provocado por el laudo, pero ha de tenerse presente que el contrato prevé un incremento anual de los costes operativos que permite elevar los costes laborales en el mismo porcentaje en que varíe el índice de precios al consumo. Esto quiere decir que una elevación de costes que llegue hasta ese importe está prevista en el contrato y no puede constituir, en ningún caso, un desequilibrio en el sentido del derecho vigente en materia de contratos de las Administraciones de Navarra. Por tanto, el desequilibrio compensable será sólo el exceso del desequilibrio total sobre los costes laborales de 2003 actualizados con el índice de incremento resultante de aplicar la fórmula de actualización del precio bus/hora útil establecida en el artículo 58.4.b) del pliego de condiciones.

b) El objetivo de viajeros

La revisión del objetivo de viajeros presenta algunas particularidades que no deben pasar desapercibidas. Si la causa inmediata del desequilibrio patrimonial de la concesionaria es el laudo arbitral que, por mandato del Gobierno de Navarra, puso fin a la huelga, no puede aceptarse que entre el laudo y el objetivo de viajeros exista la misma relación de causa a efecto. Ni siquiera el sofisma *post hoc propter hoc* sustentaría una conclusión semejante, puesto que la pérdida de viajeros precede temporalmente al laudo. No sólo no se puede achacar al laudo la pérdida de viajeros, sino —al contrario— el laudo puso fin a una pérdida que se hubiera prolongado y agravado en caso de haber continuado el conflicto colectivo.

Por estas razones podría pensarse que la pérdida de viajeros debe catalogarse dentro de los riesgos normales que la empresa debe soportar,

en virtud del principio de riesgo y ventura, dado que ha sido provocada por una contingencia normal de las relaciones laborales cual es el derecho a la huelga y la negociación colectiva.

Sin embargo, tampoco pueden desconocerse dos argumentos que nos llevarán a admitir en este caso la revisión del objetivo de viajeros: De un lado, que la huelga soportada por "... S.L.U." no se ajustó a los cánones del ordinario y ordenado ejercicio de tal derecho por parte de los trabajadores, que incumplieron sistemáticamente los servicios mínimos impuestos por el Gobierno de Navarra y que, según se desprende del expediente, estuvo acompañada de algunos episodios de violencia. De otra parte, que no es la relación causa efecto entre el laudo obligatorio y el incremento de los costes laborales lo que nos ha llevado a reconocer la existencia de desequilibrio patrimonial compensable, sino el desequilibrio mismo y su gravedad, unidos al hecho de que el contrato no previó una alteración importante de las circunstancias económicas y no atribuible a una desordenada gestión del concesionario, como es la que aquí nos ocupa. Es el principio de conservación del servicio en condiciones de calidad el que justifica en este caso el restablecimiento del desequilibrio, en la medida en que éste sea calificable como grave, patológico o desmesurado, parafraseando la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado antes citada.

Pues bien, es en este contexto global de alteración del desequilibrio financiero provocado por el conflicto colectivo donde debemos situarnos para proceder a la calificación jurídica de la pérdida de viajeros provocada por la huelga.

Para evaluar la incidencia de la huelga en el número de usuarios del transporte urbano comarcal disponemos de un informe de ... ("...", S.A.") que, mediante análisis de los datos disponibles, los proporcionados de una encuesta y estudio elaborado por ... en noviembre de 2004, y sus proyecciones sobre los días de huelga y los días posteriores del año, llega a una simulación de 35.436.127 viajes para el año 2004 si no se hubiera producido la huelga. La cifra final real de viajeros modelizada asciende a

33.372.871 viajes. En conclusión, se estima en 2.063.256 la pérdida de viajes en el año 2004, como consecuencia de la huelga.

El compromiso de viajeros fue uno de los criterios de adjudicación de la concesión y, según el artículo 10 del pliego de condiciones, hubo de ser objeto de la proposición económica de las empresas licitadoras. Concretamente, la concesionaria efectuó la siguiente oferta (página 726 del expediente inicialmente remitido al Consejo de Navarra):

Año	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Compromiso	35.580.602	36.648.020	37.564.220	38.315.505	39.081.815	39.863.451	40.660.720

Como puede observarse, tanto el número real de viajeros como el resultante de la simulación efectuada pericialmente no alcanzan la cifra ofertada para el año 2004, lo que supone —de acuerdo con las cláusulas del pliego de condiciones más atrás examinadas— que la pérdida de ingresos tarifarios provocada por la huelga será asumida íntegramente por la empresa.

De ello podemos deducir —con la salvedad ya indicada de nuestra condición de no expertos en economía del transporte urbano— que la pérdida de ingresos tarifarios sufrida por “... S.L.U.” es proporcional a la relación entre la pérdida estimada de viajeros (2.063.256) y el número real de viajes modelizados del año 2004 (33.372.871), es decir, ha sufrido una disminución de ingresos del 6,18%, pérdida que por sí sola no puede considerarse despreciable.

Pero en el presente caso la disminución de ingresos provocada por la reducción de usuarios del transporte urbano, aun no siendo imputable al laudo de obligado cumplimiento, se ha venido a añadir al desequilibrio provocado por el incremento de costes derivado del laudo y todo ello, unitariamente considerado, puede ser calificado como un desequilibrio grave no imputable a una desordenada gestión del empresario, siempre que la real y efectiva cuantía de la disminución de ingresos más el aumento de costes alcance los niveles determinados por algunos de los dictámenes periciales incorporados al expediente.

III.6ª. Otros argumentos aducidos por la concesionaria

En los escritos de solicitud y de alegaciones presentados por "... S.L.U." se exponen otros argumentos, como son el principio de confianza legítima o la teoría del enriquecimiento injusto, en los que entendemos que no es necesario entrar tras la exposición realizada en las páginas que preceden, puesto que no aportarían nada nuevo a las conclusiones que formulamos seguidamente.

Tampoco es relevante el argumento de que la Mancomunidad debe necesariamente compensar el desequilibrio porque en otro caso se vería abocada a encontrar otro concesionario que se hiciese cargo del servicio en las mismas condiciones del vigente contrato, alegando en apoyo de esta tesis el artículo 159.2.e) del TRLCAP. En efecto, este precepto exige que "que no se modifiquen en forma sustancial las condiciones originales del contrato y la adjudicación se efectúe por precio no superior al que haya sido objeto de la licitación primera", pero se refiere exclusivamente a la adjudicación mediante procedimiento negociado de los contratos anunciados a concurso que no llegaren a adjudicarse por falta de licitadores o porque las proposiciones presentadas no se hayan declarado admisibles. No impide, por tanto, la modificación del pliego actualmente vigente en una nueva licitación en procedimiento abierto o restringido.

IV. RECAPITULACIÓN

De todo lo expuesto se desprende que la huelga de los trabajadores de "... S.L.U.", el modo de llevarla a efecto y el laudo arbitral que resolvió el conflicto son circunstancias no previstas en el contrato, que han podido provocar un desequilibrio económico grave en la concesión.

Dicho desequilibrio, en la medida en que no es imputable a una desordenada gestión del empresario y por su importancia merezca la calificación de grave y extraordinario, debe ser compensado por el ente público titular del servicio.

La cuantía y gravedad del desequilibrio no es sólo una circunstancia determinante del monto de la compensación, sino que es además presupuesto de hecho constitutivo del derecho mismo a la indemnización. La concreción o fijación de dicho importe es tarea pericial que no corresponde a este Consejo y que no ha sido debidamente acreditada en el expediente, donde encontramos dos dictámenes de expertos (designados, respectivamente, por el Colegio Oficial de Graduados Sociales de Navarra y por el Colegio de Economistas de Navarra) que llegan a resultados irreconciliables entre sí. Entendemos que las conclusiones del informe pericial del economista reflejan unos efectos económicos que, a nuestro juicio, son de entidad suficiente para generar el derecho a la compensación del desequilibrio, pero se trata de conclusiones que debe ser contrastadas por otros expertos que diriman las diferencias que separan las opiniones técnicas dispares que han sido ofrecidas a este Consejo de Navarra.

V. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que, una vez acreditada la gravedad del desequilibrio en los términos expuestos en el precedente apartado de recapitulación, "... S.L.U." tiene derecho al restablecimiento del equilibrio económico de la concesión.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.