



Informe 52/2022, de 25 de mayo de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Materia: Reequilibrio de un contrato de concesión de servicios como consecuencia de una modificación del contrato.

ANTECEDENTES

La Presidenta de la Diputación Provincial de Palencia ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

"El Consorcio Provincial para la Gestión Medioambiental y Tratamiento de Residuos Sólidos Urbanos de Palencia (en adelante, Consorcio), es un Entidad Pública, formada por el Ayuntamiento de Palencia y la Diputación de Palencia, adscrita a esta última. Sus Estatutos se encuentran publicados en el Boletín Oficial de la Provincia de Palencia, Núm. 157 de fecha 31 de diciembre de 2014.

El Consorcio tiene suscrito un contrato de concesión de servicios para la gestión de Centro de Tratamiento de residuos desde el día 19 de marzo de 2021, cuyas características principales son las siguientes:

- Valor estimado: 61.293.180,00 €
- Precio de adjudicación: 24.209.152,00 €
- Plazo: 10 años, con posibilidad de prórroga de 10 años más.

La retribución a percibir por el contratista será el resultado de multiplicar el canon por el número de toneladas de residuos, estableciéndose en la cláusula 6 del Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato lo siguiente:

"El canon a ofertar se calcula sobre la base de 68.776 toneladas de residuos de capacidad de tratamiento contemplada para el año 2020 (de entrada, en planta, bien directamente o bien a través de estación de transferencia- en estas toneladas no se contabilizan las toneladas de residuos de envases) con el desglose y características específicas que se definen en el Anteproyecto.

La menor entrada de residuos será asumida bajo riesgo y ventura del contratista, sin que ello pueda suponer motivo para alegar desequilibrio económico-financiero alguno".

Por causas sobrevenidas e imprevisibles, se hace necesario la ejecución de mayores obras y adquisición de suministros, por lo que en virtud de lo dispuesto en el art. 205.2.b) se va a proceder a la tramitación del correspondiente expediente de modificación del contrato. La modificación no supera el 20 por ciento del precio inicial.

Teniendo en cuenta que la modificación afecta al régimen financiero de un contrato de concesión de servicios, según dispone el art. 290.2 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español



las Directivas del Parlamento Europeo Y del Consejo 2014/23/UE Y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), se deberá compensar la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato.

La cláusula número 33 del Pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato establece que las medidas para el restablecimiento del equilibrio económico financiero del contrato "podrán consistir en la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato".

Expuesto to anterior, se plantea las siguientes cuestiones:

1º.- ¿El reequilibrio debe llevarse a cabo necesariamente a través del canon a percibir por el adjudicatario?

2º.- ¿Resulta posible incorporar una nueva forma de retribución que permita el reequilibrio como sería el pago directo de las nuevas obras y suministros a través de facturas o el pago de una subvención al contratista para dichas obras y suministros no previstos en el contrato?

3º.- ¿La Administración tiene libertad para negociar o imponer cualquier procedimiento de reequilibrio del contrato en los términos del art. 290 de la LCSP, como la modificación del canon a percibir por el contratista, la modificación de la retribución a abonar por la Administración, la modificación del plazo de la concesión o cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico del contrato?

4º En el caso de que la única opción para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato fuera incrementar el canon a percibir por el contratista, se plantea si, en la realización de los correspondientes estudios de costes e ingresos para determinar el aumento del canon derivado del coste de las nuevas obras, sería posible acudir al número real de toneladas tratadas en el momento actual, que arroja una cifra bastante inferior a la recogida en los documentos del expediente de contratación."

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La Diputación de Palencia plantea diversas cuestiones respecto de la forma de llevar a cabo el reequilibrio económico de una concesión de servicios celebrada por un consorcio, entidad del sector público que tiene la consideración de Administración Pública, como consecuencia de una modificación del contrato realizada al amparo del artículo 205 de la LCSP.



La primera cuestión que procede aclarar a este respecto es que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de noviembre de 1996 (informe 62/96), de 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), de 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00), de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto.

En consecuencia, esta Junta no va resolver las cuestiones específicas y concretas planteadas, sino que, en congruencia con lo antes expuesto, reconducirá la consulta a los términos generales en que debemos pronunciarnos.

Se hace constar igualmente que los términos de la consulta dan por sentada la procedencia de la modificación del contrato y su reequilibrio económico. Esta Junta Consultiva no ha sido interrogada sobre la procedencia de ambos extremos por lo que de su respuesta no puede deducirse en ningún caso una confirmación de aspectos sobre los que no ha sido consultada.

2. La consulta alude a la necesidad de modificar una concesión de servicios vigente *“por causas sobrevenidas e imprevisibles”*, añadiendo a la prestación original la ejecución de *“mayores obras y adquisición de suministros no previstos en el contrato inicial”*, recordando que la modificación se articulará al amparo de lo dispuesto en el artículo 205.2.b) de la LCSP.

En el precepto que regula la modificación de la concesión de servicios se establece la obligación de restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda (artículo 290 de la LCSP) por lo que, dando por supuesta la



conurrencia de las condiciones necesarias para la modificación –al tratarse de una cuestión no planteada en esta consulta-, si la modificación afecta al régimen financiero del contrato, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. Es el principio de equilibrio financiero del contrato que resulta especialmente intenso y claro en el caso de las concesiones.

La cuestión a dilucidar en el presente informe afecta, no tanto al derecho al reequilibrio, que la consulta da por sentado, como a la forma en que aquel se puede acordar, aspecto este respecto del cual el precepto a considerar es el apartado 5 del artículo 290 que establece lo siguiente:

“En los supuestos previstos en el apartado anterior, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo de la concesión y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Asimismo, en los casos previstos en la letra b) y en el último párrafo del apartado anterior, podrá ampliarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 15 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente”.

De acuerdo con dicho precepto, resulta evidente que el órgano de contratación dispone de un cierto ámbito de discrecionalidad para restablecer el equilibrio económico del contrato “mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan”, medidas que pueden consistir en:

- La modificación de las tarifas a abonar por los usuarios
- La modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente
- La reducción del plazo de la concesión
- Cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

En cuanto a la ampliación del plazo del contrato quedará limitada a los casos de actuaciones de la Administración Pública concedente que, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato y al caso de incumplimiento de las previsiones de la demanda, no pudiendo exceder de un 15 por ciento de su duración inicial y respetando siempre los límites máximos de duración previstos legalmente.



A la vista de lo anterior, parece claro que la LCSP no establece una prioridad entre las posibles medidas que se puedan adoptar para restablecer el equilibrio económico de los contratos de concesión de servicios, sino que remite a una decisión del órgano de contratación para determinar aquellas medidas que procedan en cada caso. Lógicamente, este margen de discrecionalidad no supone reconocer una libertad absoluta de decisión ya que, en cualquier caso, la resolución que se dicte ha de estar fundamentada en razones de interés público, ha de motivar la adopción de medida procedente en cada caso y está sometida a ciertos límites que derivan de la propia LCSP. Con carácter general cabe apuntar los siguientes límites a la decisión del órgano de contratación:

1º) El primero es el respeto al principio de transferencia del riesgo operacional de la explotación del servicio al concesionario, necesario para que el contrato sea considerado como una concesión (artículo 15.2 de la LCSP) ya que, de otro modo, se estaría alterando la naturaleza del contrato.

2º) El respeto a la normativa reguladora de la prestación del servicio y a las condiciones de su régimen jurídico que habrán debido establecerse en el caso de que se declare que es un servicio público al amparo de lo dispuesto en el artículo 284.2 de la LCSP.

3º) Los inherentes al régimen presupuestario aplicable a la Administración o entidad del sector público de que se trate.

4º) Los límites a la ampliación del plazo que ya hemos mencionado lo que, por ejemplo, excluye la ampliación del plazo en los supuestos de modificación contractual previstos en la letra a) del apartado 4 del artículo 290.

Todo lo anteriormente expuesto conforma las premisas necesarias para contestar a las preguntas formuladas en la consulta.

3. Respecto de la primera, esto es, si el reequilibrio debe llevarse a cabo necesariamente a través del canon a percibir por el adjudicatario, la respuesta claramente es que no pues el incremento del canon es una de las medidas que ha de valorar el órgano de contratación, pero no es la única que éste puede adoptar. Se entiende que en concesiones en que la fórmula de pago empleada sea el canon, esta será seguramente la opción más sencilla para el órgano de contratación, pero, desde luego, no es la única.

4. En la segunda cuestión se nos plantea si resulta posible incorporar una nueva forma de retribución que permita el reequilibrio del contrato, como sería el pago directo de las nuevas obras y suministros a través de facturas o el pago de una subvención al contratista para hacer frente a las obras y suministros no previstos inicialmente en el contrato.



En este punto cabe insistir, en primer lugar, en la necesidad de mantener el debido respeto a la necesidad de transferir el riesgo operacional de la explotación del servicio al concesionario.

Respetada tal perentoria exigencia, cabe recordar que es posible aplicar a los contratos de concesión de servicios algunos de los preceptos de la LCSP relativos a la concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de la concesión de servicios (artículo 297). Entre los preceptos que la LCSP dedican a la concesión de obras se hayan aquellos en que se reconoce la posibilidad de realizar aportaciones públicas para la financiación, tanto de la construcción, como de la explotación de la obra cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de actividad objeto de la concesión (artículos 265, 266, 267 y 268 de la LCSP).

Admitida esta posibilidad de principio, los artículos 266.3 y 268 de la LCSP introducen una importante limitación para efectuar el reequilibrio del contrato mediante estas aportaciones públicas al señalar, respecto a las aportaciones públicas a la construcción, que *“Todas las aportaciones públicas han de estar previstas en el pliego de condiciones determinándose su cuantía en el procedimiento de adjudicación y no podrán incrementarse con posterioridad a la adjudicación del contrato”* (artículo 266.3) y *“Las Administraciones Públicas podrán otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de las obras, que, en todo caso, tendrán que estar previstas en el pliego de condiciones y no podrán incrementarse con posterioridad a la adjudicación del contrato, sin perjuicio del reequilibrio previsto en el artículo 270:...”* (artículo 268).

De ello se deduce en consecuencia que, para compensar al concesionario por una modificación contractual mediante una aportación pública al amparo de la previsión del artículo 290.5 de la LCSP referida a *“cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato”*, es preciso que se haya previsto la existencia de aportaciones públicas en el correspondiente pliego pudiéndose ampliar la misma sólo para restablecer el equilibrio económico del contrato.

Por todo ello, dentro del margen de discrecionalidad con que cuenta el órgano de contratación, le cabe desarrollar un proceso de diálogo con el concesionario a fin de acomodar las insoslayables necesidades del interés general con los intereses particulares que son propios de aquél. Si de ese proceso resulta que la mejor fórmula de reequilibrio para el interés público resulta ser la realización de aportaciones públicas para la ejecución de las nuevas obras, puede optarse por esta posibilidad sólo si previamente se han previsto la existencia de aportaciones públicas en el pliego de la correspondiente concesión, mediante la ampliación de las mismas en la medida que proceda para compensar económicamente la modificación del contrato.



5. La tercera pregunta consiste en determinar si la Administración, para el caso del ejercicio de la potestad de modificación contractual, tiene libertad para negociar o imponer cualquier procedimiento de reequilibrio del contrato, incluso en el caso de que el concesionario no acepte la medida propuesta por el órgano de contratación.

La LCSP, al tratar de la concesión de obras, que como sabemos resulta de aplicación supletoria a los contratos de concesión de servicios, establece como prerrogativa de la Administración (artículo 261.1) las de *“b) Modificar unilateralmente los contratos por razones de interés público debidamente justificadas, de acuerdo con lo previsto en esta Ley; c) Decidir el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión a favor del interés público, en la forma y con la extensión prevista en el artículo 270”*.

Por tanto, la decisión de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión anudada al ejercicio de la potestad de modificación contractual resulta de una prerrogativa de la Administración Pública contratante, que concede por sí misma un margen de decisión al órgano de contratación, y que, además, en este caso, va unida a la previa modificación del contrato por lo que bien cabe concluir que resultará de aplicación a este supuesto el régimen general sobre la obligatoriedad de las modificaciones del contrato contenido en el artículo 206 de la LCSP como, por otra parte, se deduce, tanto del artículo 290, apartados 1, 2 y 4 de la LCSP, como *sensu contrario*, de lo dispuesto en el artículo 286 de la LCSP cuando señala que *“los efectos, cumplimiento, y extinción de los contratos de concesión de servicios se regularán por la presente Ley, excluidos los artículos 208 y 210”*.

Pues bien, el citado artículo 206 de la LCSP establece lo siguiente:

“1. En los supuestos de modificación del contrato recogidas en el artículo 205, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una alteración en su cuantía que no exceda del 20 por ciento del precio inicial del contrato, IVA excluido.

2. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior la modificación no resulte obligatoria para el contratista, la misma solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo, resolviéndose el contrato, en caso contrario, de conformidad con lo establecido en la letra g) del apartado 1 del artículo 211.”

Si la modificación culmina en el reequilibrio económico del contrato, en ausencia de una regulación expresa de esta última cuestión, debe entenderse que la obligatoriedad de la modificación alcanza igualmente la forma en que se hace efectivo ese restablecimiento ya que, de otra manera, se restaría eficacia al carácter obligatorio de la modificación.

En definitiva, de acuerdo con lo expuesto, tanto la modificación como el sistema de reequilibrio del contrato que se acuerde por el órgano de contratación resultarán obligatorios para el concesionario cuando impliquen, aislada o conjuntamente, una



alteración que no exceda del 20 por ciento del valor inicial de la concesión. En otro caso, la modificación y su compensación solo será acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del concesionario.

Aunque no ha sido consultada esta cuestión, conviene aclarar una duda que se puede suscitar en la aplicación a las concesiones de servicios cual es la determinación de lo que hay que entender por precio inicial del contrato a estos efectos, toda vez que las concesiones se caracterizan por un peculiar sistema de retribución consistente bien en el derecho del concesionario a explotar un servicio bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio (artículo 15.1 de la LCSP). Esta peculiaridad determina que se establezca, por ejemplo, un específico sistema de determinación del valor estimado del contrato en el artículo 101.1.b) de la LCSP consistente en *“el importe neto de la cifra de negocios, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, que según sus estimaciones, generará la empresa concesionaria durante la ejecución del mismo como contraprestación por las obras y los servicios objeto del contrato, así como de los suministros relacionados con estas obras y servicios”*. Esta peculiaridad no ha tenido reflejo, sin embargo, en otros ámbitos de la regulación de este contrato como la modificación de las concesiones donde, como ya sabemos, tiene lugar una sencilla remisión al régimen general de la modificación de los contratos, donde se utiliza la expresión *“precio inicial”*.

A este respecto, y tomando como elemento interpretativo el artículo 43 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, al tratar la modificación de las concesiones se refiere, al fijar sus límites, al *“valor de la concesión original”*, razón por la cual cabe entender que la referencia al precio inicial del contrato ha de entenderse en nuestro derecho interno, en una recta interpretación congruente con la Directiva, como el valor de contrato de concesión finalmente adjudicado, debiéndose tener en cuenta el sistema de retribución que se haya previsto y aplicando como metodología de cálculo lo dispuesto en el artículo 101.1.b) de la LCSP, que es la que se acomoda a las particularidades del sistema de retribución de estos contratos, añadiendo el Impuesto sobre el Valor Añadido, en los términos previstos en el artículo 102.1 de la LCSP.

6. La última pregunta que nos dirige la entidad consultante se refiere al caso de que la única opción para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato fuera el incremento del canon a percibir por el contratista. Si, como hemos visto, existe un margen de discrecionalidad para el órgano de contratación y no queda éste necesariamente constreñido a la opción de incrementar el canon, no procede responder a la pregunta planteada.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes



CONCLUSIONES

1. En el caso de que proceda la modificación de un contrato de concesión de servicios y el reequilibrio del contrato, éste no tiene por qué articularse necesariamente a través de la modificación del canon a percibir por el concesionario.
2. En casos como el analizado pueden otorgarse aportaciones públicas sólo si previamente se han previsto este tipo de aportaciones en el pliego de la correspondiente concesión mediante la ampliación de las mismas en la medida que proceda para compensar económicamente la modificación del contrato.
3. La decisión de restablecimiento del equilibrio económico por la modificación de la concesión resulta de una prerrogativa de la Administración Pública contratante que concede por sí misma un margen de decisión al órgano de contratación para decidir la fórmula en que se hará efectivo ese restablecimiento. Cuando el restablecimiento del equilibrio económico responda a una modificación acordada por la Administración, resultará obligatoria para el concesionario la modificación y el sistema de reequilibrio del contrato que se acuerde por el órgano de contratación de la Administración contratante, cuando la misma implique aislada o conjuntamente una alteración que no exceda del 20 por ciento del valor inicial de la concesión. En otro caso, la modificación y su compensación solo podrá ser acordada por el órgano de contratación previa conformidad por escrito del mismo.